

سِلْسِلَةُ تَقْنِينِ أَحْكَامِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ (١)

الأحكام الشرعية في

الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ

محمد قدري باشا
(المتوفى سنة ١٣٠٦هـ)

وشرحه لمحمد زيد الإبياني

مَعَ مُلْحَقِ قَوَانِينِ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ العَرَبِيَّةِ

دراسة وتحقيق
مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالاقْتِصَادِيَّةِ

أ. د. مُحَمَّد أَحْمَد سِرَاج
أُسْتَاذُ الدِّرَاسَاتِ الإِسْلَامِيَّةِ بِالجَامِعَةِ الأَمْرِيكِيَّةِ

أ. د. علي جُمعة مُحَمَّد
مُفتي الدِّيَارِ المِصْرِيَّةِ

المُجَلَّدُ الثَّالِثُ

دَارُ السَّلَامِ
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (١)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قدري باشا

(المتوفى سنة ١٣٠٦هـ)

وشرحه لمحمد زيد الإبياني

مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د. محمد أحمد سراج

أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية

أ. د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الخامس : في الوصي والحجر والهبـة والوصيـة

الباب الأول
في الوصي وتصرفاته

الفصل الأول
في إقامة الوصي

(مادة ٤٣٤)

مَنْ أُوصِيَ إِلَيْهِ ، فَقَبِلَ الْوِصَايَةَ في حَيَاةِ الْمُوصِي ، لَزِمَتْهُ وَلَيْسَ لَهُ الْخُرُوجُ عَنْهَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، مَا لَمْ يَكُنْ جَعَلَهُ وصيًا عَلَى أَنْ يُخْرِجَ نَفْسَهُ مِنْهَا مَتَى شَاءَ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢٠٦/٦) : « (أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد) أي : عند الموصي ؛ لأن الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف ، ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن يوصي إلى غيره قال ﷺ : (وإلا لا) أي إن لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه لا يرتد ؛ لأن الموصي مات معتمدًا عليه ، فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورًا من جهته فيرد رده فيبقى وصيًا على ما كان كالوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل ، ولو لم يقبل ، ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء رد ؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيرًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٢٢/٤) : « (ولا يصح) قبول الإيصاء ولا رده (في حياته) أي : الموصي (في الأصح) ؛ لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال ، فلو قبل في حياته ثم رد بعد وفاته لغا ، أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صحّ ، والثاني : يصح القبول ، والرد كالوكالة » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٥٨٩/٩ ، ٥٩٠) : « (وله) أي الوصي (عزل نفسه) عن الوصايا (في حياة الموصي) إن لم يقبلها ، بل (ولو قبل) ، وفي تسمية عدم القبول عزلًا توسع ، و (لا) يكون للوصي عزل نفسه (بعدهما) أي موت الموصي وقبوله ، إذا قبل الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته ، وله الرجوع قبل موته ؛ لأنه لم يغره ، ويقدر على إيصاء غيره ، لو قبلها بعد موت الموصي ، أو حصل منه ما يدل على قبولها من بيع أو اشتراء لهم ما يصلحهم ، أو الاقتضاء لهم ، أو القضاء عنهم لزمته ، (وإن أبى) الوصي (القبول) للوصاية (بعد الموت) للموصى (فلا قبول له) أي : الوصي (بعد) الموت .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤٦/٦) : « ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي ؛ لأنها إذن في التصرف ، فصح قبوله بعد العقد ، كالتوكيل ، بخلاف الوصية له ؛ فإنها تمليك في وقت ، فلم يصح القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت ؛ لأنها نوع وصية ، فصح قبولها بعد الموت ، كالوصية له ، ومتى قبل صار وصيًا ، وله عزل نفسه متى شاء ، مع القدرة والعجز ، في حياة الموصي وبعد موته ، بمشهد منه وفي غيبته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ، ولا يجوز في حياته إلا بحضرته ؛ لأنه غره بالتزام وصيته ، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبي موسى ، في « الإرشاد » رواية عن أحمد ، ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، **ولنا** : أنه متصرف بالإذن ، فكان له عزل نفسه ، كالوكيل » .

٢٤٠٨ - اعلم أن الشخص إذا أقام غيره مقامه لينظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موصى إليه .

٢٤٠٩ - وإذا ملك شخصًا شيئًا من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له ، وهذا اصطلاح الفقهاء .

٢٤١٠ - وإن ملك التصرف لشخص حال حياته سمى وكيلًا ، ولا كلام لنا في إقامة الوكيل وتصرفاته ، بل موضوعنا خاص بالوصي .

٢٤١١ - فالوصي على العموم هو الشخص الذي أقامه غيره مقامه ليتصرف في تركته بعد وفاته ، أو أقامه القاضي إذا كانت هناك داعية إليه فيؤخذ من هذا التعريف أن الوصي ينقسم إلى قسمين :

٢٤١٢ - **الأول** : من أقامه الشخص حال حياته .

٢٤١٣ - **الثاني** : من أقامه القاضي .

٢٤١٤ - **فالأول** : يسمى وصيًا مختارًا .

٢٤١٥ - **والثاني** : يسمى وصي القاضي .

الوصي المختار

(مادة ٤٣٥)

مَنْ أُوصِيَ إِلَيْه ، فَرَدَّ الْوِصَايَةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، فَإِنْ رَدَّهَا بِعِلْمِهِ صَحَّ الرَّدُّ ، وَإِنْ رَدَّهَا بِغَيْرِ عِلْمِهِ لاَ يَصِحُّ (١) .

* * *

٢٤١٦ - إذا أقام شخص وصيًا فهذا الشخص المقام لا يخلو حاله من أحد أمور ثلاثة : إما أن يقبل في حياة الموصي ، وإما أن يَرُد وإما أن يسكت .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « قال محمد - رحمه الله تعالى - في الجامع الصغير في رجل يوصي إلى رجل فقبله في حياة الموصي - : فالوصاية لازمة حتى لو أراد الخروج منها بعد موت الموصي ليس له ذلك ، وإن رده في حياته ؛ إن رده في وجهه صح الرد ، وإن رده في غير وجهه لا يصح الرد ، ومعنى قوله : في وجهه بعلمه ، ومعنى قوله : في غير وجهه بغير علمه ، كذا في المحيط » .

٢٤١٧ - فإن كان الأول وعلم الموصي بقبوله واستمر على هذا القبول حتى مات الموصي ، لزمته هذه الوصاية ، فليس له أن يخرج نفسه منها بعد موت الموصي إلا إذا كان هناك شرط يجوِّز ذلك ، كما إذا أقامه وصيًّا على أن يخرج نفسه منها متى شاء أو قبل هو بهذا الشرط ورضي به الموصي .

٢٤١٨ - والسبب في ذلك أنه إذا قبل في حياة الموصي واستمر على هذا القبول إلى موته ، فقد فارق الموصي الحياة الدنيا وهو معتمد عليه ، فليس له أن يخرج نفسه بعد موته للتغرير به وبورثته ؛ ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك فلا يكون التغرير حاصلًا لعلم الموصي بأن إخراجه نفسه في أي وقت أراد جائز بمقتضى هذا الشرط فكان يمكنه إقامة غيره إقامة خالية عن هذا الشرط .

٢٤١٩ - ولما ذكر لو قبل ذلك الموصى له الوصية في حياة الموصي ، ثم ردها بعد موته يصح رده لانتفاء التغرير ، إذ أن النفع بالوصية عائد إليه بخلاف ما معنا فإن النفع عائد لغيره .

(مادة ٤٣٦)

مَنْ أُوصِيَ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَقْبَلِ الْوِصَايَةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَلْ رَدَّهَا بِعِلْمِهِ ، ثُمَّ قَبِلَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لاَ يَصِحُّ قَبُولُهُ (١) .

* * *

٢٤٢٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي : فإما أن يكون هذا الرد بغير علم الموصي ، أو بعلمه .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أوصى إلى رجل فقال : لا أقبل فسكت الموصي ومات فقال الموصى إليه : قبلت لا يصح قبوله ، ولو أن الموصى إليه سكت ولم يقل في وجهه : لا أقبل ، ثم قال في غيبته في حياة الموصي ، أو بعد موته بحضرة الجماعة : قد قبلت كان قبوله جائزًا ويكون وصيًّا ، سواء كان ذلك بحضرة القاضي ، أو بغير حضرته ، ولو أن القاضي حين قال : لا أقبل أخرجه ، ثم قال : أقبل - لا يصح قبوله » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي (١٨٠/٣) : « (و) يشترط (القبول) أي : قبول الإيصاء ، وفي قيام العمل مقامه وجهان أخذًا من الوكالة ، (ولا يصح) القبول (في حياته) أي : الموصي (في الأصح) كالموصى له ، والثاني يصح كما لو وكله بعمل يتأخر يصح القبول في الحال ، والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين ، فعلى الأول لو رد في حياته ، ثم قبل بعد موته جاز ، ولو رد بعد الموت لغا الإيصاء » .

٢٤٢١ - فإن كان الرد بغير علم الموصي بعدما قبل بعلمه فلا يصح ؛ بل يكون الموصى إليه ملزمًا بتأدية وظيفته بعد موت الموصي للتغرير من جهة الوصي ، إذ كان يلزمه - والحالة هذه - أن يخبر الموصي بأنه رجع عن قبول الوصاية فيختار من يثق به من الأصدقاء الأمناء فيُعيِّنه وصيًّا .

٢٤٢٢ - وإن كان الرد بعلم الموصي صح ، فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصي لانتفاء التغرير ؛ إذ يمكنه - والحالة هذه - أن يوصي إلي غيره ، وليس للوصي في هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصي ؛ لأنه بالرد لم يبق للإيجاب أثر ، فلا يصح ترتب القبول على شيء غير موجود .

(مادة ٤٣٧)

مَنْ أُوصِيَ إِلَيْهِ ، فَسَكَتَ وَلَمْ يُصَرِّحْ بِالْقَبُولِ وَعَدَمِهِ ، فَمَاتَ الْمُوصِي ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ رَدَّ الْوِصَايَةَ ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَهَا (١) .

* * *

٢٤٢٣ - وإن كان الثالث وهو ما إذا سكت الموصى إليه بأن لم يصرح بالقبول ولا عدمه يكون مخيرًا بعد موت الموصي بين أمرين :

٢٤٢٤ - الأول : أن يقبل الوصاية ، وحينئذٍ تجري عليه أحكامها.

٢٤٢٥ - الثاني : أن يردها ، وحينئذٍ لا يلزم بشيء ؛ لأن التغرير - والحالة هذه - يكون منتفيًا ؛ إذ كان في إمكان الموصي قبل وفاته أن يتثبت من الموصى إليه بأخذ رأيه في القبول ، أو عدمه .

٢٤٢٦ - فإذا لم يفعل واعتمد على أن يقبله بعد موته ، ولم يوص إلى غيره ، فقد قصر في أمره فصار مغترًّا من جهته ، لا مغرورًا من جهة الوصي .

٢٤٢٧ - فإن قبل الوصي بعدما رد في هذه الحالة صح هذا القبول ، إن لم يكن

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أن الموصى إليه سكت ولم يقل في وجهه : لا أقبل ، ثم قال في غيبته في حياة الموصي ، أو بعد موته بحضرة الجماعة : قد قبلت كان قبوله جائزًا ويكون وصيًّا ، سواء كان ذلك بحضرة القاضي أو بغير حضرته ، ولو أن القاضي حين قال : لا أقبل أخرجه ثم قال : أقبل - لا يصح قبوله » .

القاضي أخرجه حين قال : لا أقبل ؛ لأن مجرد قوله : لا أقبل ، لا يبطل الإيصاء ؛ لأن فيه ضررًا بالميت فإذا انضم إخراج القاضي له ؛ لعدم قبوله ، بطل الإيصاء فلا يصح القبول ، وهذا هو المعول عليه .

(مادة ٤٣٨)

قَبُولُ الْوِصَايَةِ دِلاَلَةً كَقَبُولِهَا صَرَاحَةً ، فَإِذَا تَصَرَّفَ الْمُوصَى إِلَيْهِ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ تَرِكَةِ الْمُوصِي ، أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ يَصْلُحُ لِلْوَرَثَةِ ، أَوْ بِقَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ اقْتِضَائِهِ ، كَانَ تَصَرُّفُهُ قَبُولاً لِلْوِصَايَةِ وَصَحِيحًا (١) .

* * *

٢٤٢٨ - وإقامة الوصي لا تتقيد بلفظ مخصوص ؛ بل يصح هذا التفويض بكل لفظ يدل على أن الشخص فوَّض لغيره النظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته ، كأنت وكيلي بعد موتي . أنت وصيي ، أسلمت إليك الأولاد بعد موتي . تعهد أولادي بعد وفاتي . قم بلوازمهم بعد موتي ، وهكذا من الألفاظ التي تفيد هذا التفويض .

٢٤٢٩ - وكما أنه لا يشترط في الإيجاب لفظ مخصوص ، كذلك لا يشترط في القبول لفظ مخصوص ، بل الشرط أن يأتي الموصى إليه بلفظ يدل على قبوله ما فوَّض إليه ، لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ ، بل اللفظ غير شرط ؛ إذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة .

٢٤٣٠ - فإذا أقام شخص غيره مقامه وسكت هذا المقام حتى مات المقيم فباع شيئًا من تركته ، أو اشترى للورثة شيئًا من لوازمهم ، أو قضى دينًا على الميت من تركته ، أو أخذ دينًا كان للميت عند غيره كان هذا التصرف رضًا بالوصاية فيعتبر وصيًّا بأحد هذه التصرفات ، أو غيرها مما يدل على رضاه بها .

٢٤٣١ - وقد نص الفقهاء على أن الوصاية تلزم الوصي بتصرفه في التركة وإن لم يعلم بالإيصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلًا من غير علم ؛ لأن التوكيل إنابة في حال قيام ولاية المُوكل .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أن رجلًا أوصى إلى رجل ، ولم يعلم الوصي بذلك فباع الوصي شيئًا بعد موت الموصي من تركة الموصي جاز بيعه ويلزمه الوصية ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

٢٤٣٢ - وهذا لا يصح من غير علم إما الإيصاء فبخلافه ؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كالوراثة ، كذا قالوا فتأمل .

٢٤٣٣ - فقد ظهر لك مما تقدم أن الموصى إليه مخير في أول الأمر بين القبول والرد ؛ لأنه متبرع في الأعمال التي يتولاها ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله ؛ إذ الموصي ليس له ولاية إلزامه بالتصرف ولا إلزام بلا التزام .

(مادة ٤٣٩)

وَصِيُّ الْمَيِّتِ لاَ يَقْبَلُ التَّخْصِيصَ ، فَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي نَوْعٍ خَاصٍّ ، صَارَ وصيًا عَامًّا . وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى إِلَى أَحَدٍ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ وَإِلَى آخَرَ بِاقْتِضَائِهِ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ عَامَّانِ فِي كُلِّ مَالِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٦/٦) : « ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح أدب القاضي إذا نصب القاضي وصيًا لليتيم الذي لا أب له كان وصي القاضي بمنزلة وصي الأب إذا جعله القاضي وصيًا عامًا في الأنواع كلها ، فإن جعله وصيًا في نوع واحد كان وصيًا في ذلك النوع خاصة بخلاف وصي الأب ؛ فإنه لا يقبل التخصيص » .

وجاء فيه أيضًا (٤٣٢/٦ ، ٤٣٣) : « رجل جعل رجلًا وصيه في ماله بالكوفة وجعل رجلًا آخر وصيه في ماله بالشام وجعل رجلًا آخر وصيه في ماله ببغداد قال أبو حنيفة رحمه الله : هؤلاء كلهم أوصياء الميت في جميع تركاته بالكوفة ، والشام ، وبغداد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله كل واحد منهم يكون وصيًا في المكان الذي أوصي إليه خاصة .

وقول محمد رحمه الله مضطرب في الكتب ، فالحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله الوصاية لا تقبل التخصيص بنوع واحد ، وبمكان واحد ، وزمان واحد ، بل تعم في الأنواع والأمكنة كلها ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تتخصص بنوع ومكان ، وقول محمد رحمه الله مضطرب ، هكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح حيل الخصاف ، وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في شرح حيل الأصل قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة وذكر قول محمد أنه يصير وصيًا في المكان الذي خصه ، وفي النوع الذي خصه ، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا صار كل واحد منهم وصيًا وقيمًا في جميع التركة لا ينفرد أحدهم بالتصرف ، وإن كانت الوصاية متفرقة فإن أراد أن يكون كل واحد من الأوصياء وصيًا في جميع التركة وينفرد بالتصرف بالاتفاق - فالحيلة أن يجعلهم أوصياء في جميع تركاته على أن من حضر منهم فهو وصي في جميع تركاته ، وعلى أن لكل واحد منهم أن يقوم بوصيته وتنفيذ أمره فيها ، فإذا فعل على هذا الوجه صار كل واحد منهم وصيًا عامًا منفردًا بالتصرف بالاتفاق اعتبارًا لشرط الموصي ، فإن أراد الموصي أن يكون كل واحد من الأوصياء وصيًا فيما أوصي إليه خاصة لا يدخل مع الآخر في شيء من الأقاويل ، فالحيلة أن يقول : أوصيت إلى فلان =

٢٤٣٤ - وإقامة الوصي إما أن تكون غير مقيدة بشيء مخصوص ، أو مقيدة ؛ فإن كان الأول كما إذا قال له : أقمتك وصيًا في جميع شؤون التركة ، أو : أقمتك وصيًا ، أو : أنت وصيي ، فلا خلاف في أنه يتصرف في جميع أموال التركة بما يخوله حتى الإيصاء له .

٢٤٣٥ - وإن كان الثاني بأن أقامه وصيًا ليتصرف في مال مخصوص أو ليتولى إجارة الأموال ، أو الزراعة ، أو التجارة له ؛ فإما أن يكون المقيم هو القاضي ، أو الأب ؛ فإن كان الأول فلا خلاف في أنه يتخصص بما خصص به ؛ فإذا أقام القاضي وصيًا ليقضي دين الميت أو يقتضيه أي يأخذ دين الميت الذي على الغير أو جعله وصيًا في ماله بمصر مثلًا تخصص هذا المأمور بما أمر به ، فليس له أن يتعداه إلى غيره .

٢٤٣٦ - وإن كان الثاني وهو الوصي المختار فقال أبو حنيفة : لا يتخصص بل يكون وصيًا عامًا فإذا قيده بشيء مما ذكر فلا يتقيد ، وقال أبو يوسف : يتخصص الوصي المختار كوصي القاضي .

٢٤٣٧ - وقالوا في الفرق بينهما على قول أبي حنيفة : أن تنصيب القاضي من ولاه قضاء ، والقضاء قابل للتخصيص ووصي الأب لا يقبله لقيامه مقامه ؛ أو لأن وصي القاضي كالوكيل فيتخصص بخلاف وصي الأب .

٢٤٣٨ - وبالتأمل نجد أن في النفس شيئًا من هذا الفرق ، بل الظاهر التسوية بينهما كما قال أبو يوسف ؛ إذ مبنى هذا الفرق على ما يظهر من قولهم بقيامه مقامه أن وصي القاضي لو تصرف فيما أمر به يتصرف القاضي في الباقي ، أو يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصي الميت فإن الموصي غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص إليه بالتصرف

= في مالي ببغداد خاصة دون ما سواها من البلدان ، وأوصيت إلى فلان آخر في مالي بالشام دون ما سواها من البلدان ، فإذا قال على هذا الوجه تتخصص وصاية كل واحد من الأوصياء بالمال الذي في ذلك المكان الذي عينه لهذا الوصي بالاتفاق اعتبارًا لشرط الموصي .

قال الشيخ - الإمام ، شمس الأئمة - الحلواني رحمه الله : في هذه الحيلة نوع نظر ؛ لأن قوله : « أوصيت إلى فلان » لفظ عام يقتضي ثبوت ولاية التصرف لفلان عامًا ثم تخصيصه بماله ببغداد يكون في معنى الحجر الخاص ، والحجر الخاص إذا ورد على الإذن العام لا يعتبر ؛ فإنه ذكر في المأذون أن المولى إذا أذن لعبده في التجارة إذنًا عامًا ، ثم حجر عليه في بعض التجارات ؛ فإنه لا يصح الحجر ، كذا هنا ينبغي أن لا يصح التخصيص ويصير وصيًا عامًا ، ومسألة أخرى يتردد فيها المشايخ - رحمهم الله تعالى - أن من أوصى إلى رجل وجعله قيمًا فيما له على الناس ولم يجعله قيمًا فيما للناس عليه ، بعض المشايخ على أنه يصح هذا التقييد وأكثرهم على أنه لا يصح ويصير وصيًا في الكل ، فعلم أن في هذه الحيلة نوع شبهة » .

فيه ؛ لأن الموصي رضيه متصرفًا في بعض الأمور ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلًا فيكون من رضي بتصرفه في البعض أولى من غيره .

٢٤٣٩ – ولكن لم لا يقال إن القاضي يتصرف في الباقي ، أو يأمر غيره بالتصرف فيه ، إذ الموصي قد يكون له غرض صحيح مسلم لا يقبل النقض ؛ لأن الناس يختلفون في التصرفات ؛ إذ بعضهم قد يكون له دراية بمعرفة شيء ولا يدري في غيره كالتاجر والمزارع فيكون الموصي قد أقام هذا فيما يصلح له وأراد اختيار غيره للشيء الآخر فأدركته منيته قبل الاختيار .

٢٤٤٠ – هذا إذا كان المقام وصيًا واحدًا ، فإن أقام وصيين كلًّا منهما في شيء مخصص يكون قد أقام كلًّا فيما يعرفه ؛ فإذا أطلقنا للموصى إليه بشيء مخصص التصرف في جميع شؤون التركة فات غرض الموصي .

٢٤٤١ – وربما يجاب عمَّا ورد على التعليل الذي قالوه للفرق عند الإمام الأعظم بأنه إذا أقام وصيين كلا منهما في شيء مخصص فليس لأحدهما أن يتصرف إلا بملاحظة الآخر وأخذ رأيه كما هو رأى الإمام ، وحينئذٍ لا يفوت غرض الموصي .

٢٤٤٢ – ولكن هذا لا يصلح جوابًا فيما لو أقام وصيًا واحدًا في شيء مخصوص ، ولذا كان الظاهر قول أبي يوسف وإن كان بعض الكتب يقول : الفتوى على قول الإمام .

(مادة ٤٤٠)

تَجُوزُ الْوِصَايَةُ إِلَى الزَّوْجَةِ وَالأُمِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ النِّسَاءِ ، وَإِلَى أَحَدِ الْوَرَثَةِ أَوْ غَيْرِهِمِ ، وَيَجُوزُ جَعْلُ الأُمِّ أَوْ غَيْرِهَا مُشْرِفَةً ، أَيْ : نَاظِرَةً – عَلَى أَوْلادِهِ مَعَ وُجُودِ الْوَصِيِّ .

* * *

٢٤٤٣ – ولما كان للشخص أن يتصرف في ماله حال حياته كان له أن يعطي هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن أراد ما دامت الشروط متوفرة فيه فلا يلزم بإقامة شخص مخصوص ؛ بل له أن يقيم زوجته وصية على أولاده ، سواء كانوا منها أو من غيرها ، وسواء كان هذا المقام وارثًا ، أو غير وارث .

٢٤٤٤ – فإذا كان للموصي أخ شقيق ، أو لأب وله ابن وأقام أخاه وصيًا صح هذا الإيصاء وإن كان الأخ في هذه الحالة غير وارث ؛ لأنه محجوب بابن الموصي .

٢٤٤٥ - وإذا كانت له بنت والمسألة بحالها صح الإيصاء أيضًا ، والأخ في هذه الحالة وارث ؛ لأن البنت تأخذ النصف بطريق الفرض ، والأخ يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، ومثل ذلك ما إذا كانت له أولاد وفيهم صغار وكبار فأقام أحد الكبار وصيًّا على الصغار ؛ فإنه يصح هو وارث معهم .

٢٤٤٦ - والوصي هو الذي يتصرف في التركة بدون مراقبة أحد عليه إلا من له الولاية العامة ، وهذا إذا لم يقم الموصي ناظرًا مع الوصي فإن فعل كان له حق المراقبة ؛ فليس للوصي أن يتصرف في التركة إلا باطلاع الناظر ورأيه .

(مادة ٤٤١)

وَصِيُّ أَبِي الصَّغِيرِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ ، فَإِذَا أَقَامَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، أَوْ غَيْرَهَا وصيًّا مِنْ بَعْدِهِ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَمَاتَ مُصِرًّا عَلَى ذَلِكَ ، فَلَيْسَ لِلْجَدِّ حَقٌّ فِي الْوِلَايَةِ عَلَى مَالِ الصَّغِيرِ .

فَإِذَا مَاتَ أَبُو الصَّغِيرِ ، وَلَمْ يُوصِ إِلَى أَحَدٍ ، وَلِلصَّغِيرِ جَدٌّ صَحِيحٌ قَادِرٌ أَمِينٌ ، فَالْوِلَايَةُ لَهُ (١) .

* * *

٢٤٤٧ - ومتى أقام الأب وصيًّا فهو الذي يتصرف ، ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جدًّا للأولاد ، أي : يكون أبًا للميت ؛ إذ ولاية التصرف للجد في مال أولاد ابنه

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤٥١/٢) : « (وصي الأب أولى من الجد) ؛ لأن وصيه قائم مقامه وهو أولى من الجد فكذا مختاره ؛ ولأن اختياره مع وجود الجد يدل على أن تصرفه أنفع لابنه من تصرف أبيه ، وهو الجد (وإن لم يوص) أي : لم ينصب وصيًّا (فالجد مثله) أي : مثل الأب ، وقائم مقامه في التصرفات حتى ملك الإنكاح دون الوصي » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٦٩/٣) : « (فإن لم يوص) الأب أحدًا (فالجد أولى من الحاكم) بقضاء الديون وأمر الأولاد ونحوهما (إلا في تنفيذ الوصايا) فالحاكم أولى ولما ذكر الأصل ذلك قال : كذا نقله البغوي وغيره ، وقال الأذرعي : إن قول البغوي ومن تبعه الجد أولى بقضاء الديون وهم منهم ، فقد قال القاضي في تعليقه الذي يستمد منه البغوي : أن ذلك إلى الحاكم دون الجد ، (وللأب الوصية إلى غير الجد) في حياته ، وهو بصفة الولاية ويكون أولى من الجد (إلا في أمر الأطفال) ، أو نحوهم فليس له ذلك ؛ لأنه ولي شرعي فليس له نقل الولاية عنه كولاية التزويج ، قال الزركشي : فلو كان الجد غائبًا وأراد الأب الإيصاء بالتصرف عليهم إلى حضوره فقياس ما قالوه في تعليق الوصية على البلوغ الجواز ويحتمل المنع ؛ لأن الغيبة لا تمنع حق الولاية » .

مؤخرة عن ولاية وصي الأب .

٢٤٤٨ - فإذا لم يوص الأب إلى أحد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشؤون التركة ، بأن كانت شروط الولاية متوفرة فيه فالولاية له ولا مراقبة لأحد عليه إلا ممن له الولاية العامة ؛ لأن الولاية على أموال الصغار تثبت أولًا للأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه وإن بعد ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصية ... إلخ ، ثم القاضي ووصيه .

٢٤٤٩ - وقد تقدم لنا قريبًا في شرح مادة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعي ودليله في تقديم الجد على وصي الأب وعارضناه بدليلنا .

(مادة ٤٤٢)

يَكُونُ الْوَصِيُّ : مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَاقِلًا ، بَالِغًا ، أَمِينًا ، حَسَنَ التَّصَرُّفِ . فَإِذَا أَوْصَى الْمَيِّتُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَالْقَاضِي يَعْزِلُهُ وَيَسْتَبْدِلُهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) : « قال رحمه الله (وإلى عبد ، وكافر ، وفاسق بدل بغيرهم) أي : إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ، ويستبدل غيرهم مكانهم ، وذكر القدوري رحمه الله أن القاضي يخرجهم عن الوصية ، وهذا يدل على أن الوصية صحيحة ؛ لأن الإخراج يكون بعد الدخول ، وذكر محمد رحمه الله في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل ، وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه ، وفي غيره معناه ستبطل ، وقيل في الكافر باطلة أيضًا لعدم ولايته على المسلم ، ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه ، وتمكنه من الحجر بعدها ، والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم ، واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ، ويقيم غيرهم مقامهم إتمامًا للنظر ، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفًا منه على المال ؛ لأنه يكون عذرًا في إخراجه ، وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه ، أو مكاتب غيره حيث يجوز ؛ لأن المكاتب في منافعه كالحُر ، وإن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن ، والصبي كالقن فلو بلغ الصبي ، وعتق العبد ، وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية ، قال رحمه الله (وإلى عبده ، وورثته صغار صح) أي : إذا أوصى إلى عبد نفسه ، وورثته صغار جاز الإيصاء إليه ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز ، وهو القياس ؛ لأن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ؛ ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه الولاية تجزئتها ؛ لأنه لا يملك بيع رقبته ، وهذا خلاف الموضوع ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلًا للوصاية ، وليس لأحد عليه =

....

= ولاية فإن الصغار - وإن كانوا ملاكًا - ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار أو الإيصاء إلى عبد الغير ؛ لأنه لا يستبد بالتصرف إذ كان للمولى منعه بخلاف الأول ؛ فإنه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الإيصاء إليه ، وكذا ليس له بيعه ، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرًا لهم فصار كالمكاتب ، والوصاية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - كما إذا أوصى إلى رجلين أحدهما يكون في الدين ، والآخر : في العين ، يكون كل واحد منهما وصيًا فيما أوصي إليه خاصة ، أو نقول يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله ، وتغيير الوصف بإبطال عموم الولاية أولى من إبطال أصل الإيصاء ، وقول محمد رحمه الله فيه مضطرب يروى مع أبي حنيفة رحمه الله ، ويروى مع أبي يوسف رحمه الله ، قال رحمه الله : (وإلا لا) أي : إن لم تكن الورثة صغارًا بأن كان كلهم ، أو بعضهم كبارًا لا يجوز الإيصاء إليه ؛ لأن للكبير أن يمنعه ، أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد .

قال رحمه الله : (ومن عجز عن القيام بها ضم إليه غيره) ؛ لأن في الضم رعاية الحقين حق الموصي ، وحق الورثة ؛ لأن تكميل النظر يحصل به ؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره ، ولو شكا الوصي إليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذبًا تخفيفًا على نفسه ، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلًا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ، ولو كان قادرًا على التصرف ، وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه ؛ لأنه مختار الميت ، ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى ، ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته ، فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكت الورثة ، أو بعضهم الموصى إليه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة ، فاتت الأمانة ، والميت إنما اختاره لأجلها ، وليس من النظر إبقاؤه بعد فواتها ، وهو لو كان حيًا لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ، ويقيم غيره مقامه كأنه مات ، ولا وصي له » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١١٧/٤) : « وأركان الوصاية أربعة : وصي ، وموصٍ ، وموصى فيه ، وصيغة ، وقد شرع في بيان شرط الأول فقال : (وشرط الوصي) أي : الموصى إليه (تكليف) أي : بلوغ وعقل ؛ لأن غيره مولى عليه فكيف يلي أمر غيره ، والوصي كما في الصحاح من أسماء الأضداد يطلق على الذي يوصي ، وعلى من يوصى إليه وهو المراد هنا كما مرَّ (وحرية) ؛ لأن الرقيق لا يتصرف في مال أبيه فلا يصلح وصيًا لغيره وإن أذن له سيده كالمجنون ؛ ولأن ذلك يستدعي فراغًا وهو مشغول بخدمة سيده ، وشمل ذلك القن ، والمبعض ، والمكاتب ، والمدبر .

قال ابن الرفعة : ومن هذه المسألة يفهم منع الإيصاء لمن أجر نفسه في عمل مدة لا يمكنه فيها التصرف بالوصاية ، وفي مدبره ، وأم ولده خلاف مبني على أن صفات الوصي متى تعتبر ، والأصح عند الموت كما سيأتي فتصح إليهما (وعدالة) فلا تجوز إلى فاسق بالإجماع ؛ لأنها ولاية وائتمان وتكفي العدالة الظاهرة كما قاله الهروي في أدب القضاء (وهداية إلى التصرف في الموصى به) ، فلا يصح إلى من لا يهتدي إليه لسفه ، أو مرض ، أو هرم ، أو تغفل ؛ إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله ، (وإسلام) فلا يصح الإيصاء من مسلم إلى ذمي إذ لا ولاية لكافر على مسلم ، ولتهمته قال - تعالى - : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ وقال - تعالى - : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ ﴾ الآية . (لكن الأصح جواز وصية ذمي إلى ذمي) فيما يتعلق =

....

= بأولاده الكفار بشرط كونه عدلًا في دينه ، كما يجوز أن يكون وليًا لهم ، والثاني : المنع كشهادته .
تنبيه : تصح وصاية الذمي إلى المسلم اتفاقًا كما تصح شهادته عليه وقد ثبتت له الولاية عليه ، فإن الإمام يلي تزويج الذميات » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٢/٨) : « لمكلف مسلم عدل كاف هذا شروع منه في الكلام على شروط الوصي الذي تسند إليه الوصية منها أن يكون مكلفًا ، فلا تسند الوصية لصبي ، ولا لمجنون ومنها أن يكون مسلمًا ، فلا تسند لكافر ، ومنها أن يكون عدلًا ، والمراد بالعدالة الأمانة والرضا فيما يصير إليه ، فلا يقال : إن العدل يغني عن الإسلام ؛ لأن هذا لو أردنا بالعدل عدل الشهادة .
وإن أعمى وامرأة وعبدًا وتصرف بإذن سيده هذا مبالغة في المكلف المسند إليه الوصية أي : ولو كان أعمى ، أو امرأة بشرط أن تكون صالحة لذلك ، وسواء كانت امرأة أجنبية ، أو زوجة للموصي ، أو مستولدة أو مدبرة ، وكذلك يصح إسناد الوصية إلى العبد بشرط أن يرضى سيده ، وليس للسيد رجوع بعد ذلك ويدخل في عبدًا مدبره ومكاتبه والمبعض ، والمعتق لأجل قوله : وعبدًا ، وأولى الأمة ؛ لأن من شأنها أن تحسن القيام بأولاد سيدها ، وإنما نص على العبد ؛ لأنه المتوهم ، فقوله بإذن ليس متعلقًا بتصرف بل هو متعلق بقبل المقدر قبل تصرف فكان ينبغي أن يقول وقبل بإذن سيده ثم تصرف ، أو متعلق بتصرف ويحمل على ما إذا وقعت من غير إذن في القبول » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤٣/٦ - ١٤٦) : « فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح .
تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعًا ، ولا تصح إلى مجنون ، ولا طفل ، ولا وصية مسلم إلى كافر ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما ، فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولم يجزه عطاء ؛ لأنها لا تكون قاضية ، فلا تكون وصية ، كالمجنون .
ولنا : ما روي أن عمر ﷺ أوصى إلى حفصة ؛ ولأنها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد ، بخلاف الوصية ، وتصح الوصية إلى الأعمى ، وقال أصحاب الشافعي : فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه ، بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم لهم ، مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك ، وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالبصير ، وأما الصبي العاقل ، فلا أعلم فيه نصًا عن أحمد ، فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكون واليًا ، كالطفل والمجنون . وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله .
وقال القاضي : قياس المذهب صحة الوصية إليه ؛ لأن أحمد قد نص على صحة وكالته ، وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر ، فلا تصح وصية مسلم إليه ؛ لأنه لا يلي على مسلم ؛ ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة ، فلم تصح الوصية إليه ، كالمجنون ، والفاسق ، وأما وصية الكافر إليه ، فإن لم يكن عدلًا =

....

= في دينه ، لم تصح الوصية إليه ؛ لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه ، فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلًا في دينه ، ففيه وجهان : أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه يلي بالنسب ، فيلي الوصية ، كالمسلم . والثاني : لا تصح ، وهو قول أبي ثور ؛ لأنه فاسق ، فلم تصح الوصية إليه ، كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم ، فتصح إلا أن تكون تركته خمرًا ، أو خنزيرًا ، وأما العبد ، فقال أبو عبد الله بن حامد : تصح الوصية إليه ، سواء كان عبد نفسه ، أو عبد غيره ، وبه قال مالك ، وقال النخعي ، والأوزاعي ، وابن شبرمة : تصح الوصية إلى عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره . وقال أبو حنيفة : تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد ، وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي : لا تصح الوصية إلى عبد بحال ؛ لأنه لا يكون وليًا على ابنه بالنسب ، فلا يجوز أن يلي الوصية ، كالمجنون .

ولنا : أنه يصح استنابته في الحياة ، فصح أن يوصى إليه كالحُر ، وقياسهم يبطل بالمرأة ، والخلاف في المكاتب ، والمدبر ، والمعتق ، بعضه كالخلاف في العبد القن ، وقد نص الخرقي على أن الوصية إلى أم ولده جائزة ، نص عليه أحمد أيضا ؛ لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق ، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إليه لا تصح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه ، فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا كان متهمًا ، لم تخرج من يده .

وقال الخرقي : إذا كان الوصي خائنًا ضم إليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية إليه ، ويضم الحاكم إليه أمينًا ، وقال أبو حنيفة : تصح الوصية إليه ، وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله ؛ لأنه بالغ عاقل ، فصحت الوصية إليه ، كالعدل ، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية ، فلم تجز الوصية إليه ، كالمجنون . وعلى أبي حنيفة ، لا يجوز إقراره على الوصية ، فأشبه ما ذكرنا ، ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا : أنها شروط لعقد ، فتعتبر حال وجوده ، كسائر العقود . فأما الوصية له ، فهي صحيحة وإن كان وارثًا ؛ وإنما يعتبر عدم الإرث ، وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم ، فاعتبرت حالة اللزوم ، بخلاف مسألتنا ، فإنها شروط لصحة العقد ، فاعتبرت حالة العقد ، ولا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني ، لو كانت الشروط كلها منتفية ، أو بعضها حال العقد ، ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، (وإذا كان الوصي خائنًا ، جعل معه أمين) ظاهر هذا صحة الوصية إلى الفاسق ، ويضم إليه أمين ، وكذلك إن كان عدلًا فتغيرت حاله إلى الخيانة لم يخرج منها ، ويضم إليه أمين ، ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال : إذا كان الوصي متهمًا ، لم يخرج من يده ، ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى لرجلين ليس أحدهما بموضع للوصية ، فقال للآخر : أعطني ، لا يعطيه شيئًا ، ليس هذا بموضع للوصية ، فقيل له : أليس المريض قد رضي به ، فقال : وإن رضي به .

فظاهر هذا إبطال الوصية إليه ، وحمل القاضي كلام الخرقي ، وكلام أحمد في إبقائه في الوصية ، على أن خيانته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية إليه ، لم تصح ؛ لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته ، فكذلك بعد موته ، ولأن الوصية ولاية وأمانة ، والفاسق ليس من أهلهما ، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقًا ، فحكمه حكم من لا وصي له ، وينظر في ماله الحاكم . =

٢٤٥٠ - ويشترط في الوصي شروط ستة لا بد من وجودها وهي : الإسلام والحرية والعقل والأمانة وحسن التصرف والبلوغ ؛ لأن الإيصاء إلى الغير إنما يجوز شرعًا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولأولاده وبالإيصاء إلى من لم تكن متوفرة فيه هذه الشروط لا يتم هذا النظر .

٢٤٥١ - وبيانه : أن الإيصاء لغير المسلم مخالِف لقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (١) . ولا شك في أن الإيصاء من باب التولية والشارع حكيم يضع الأشياء في محلها والإيصاء لغير الحر مضر بالورثة أو فيه قلب للمشروع ؛ لأنه إما أن يكون مملوكًا لغير الموصي أو له .

٢٤٥٢ - فإن كان الأول فلاشتغاله بخدمة مولاه لا يتمكن من مراعاة صالح الورثة .

٢٤٥٣ - وإن كان الثاني ففيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب للمشروع ، وما ذكر في الثاني على عمومه قول الصاحبين .

٢٤٥٤ - ولكن فرق أبو حنيفة بين ما إذا كانت الورثة كبارًا أو صغارًا ، فوافقهما في الأول لا الثاني ، مستدلًا بأن الرقيق مكلف مستقل بالتصرف وليس لأحد عليه ولاية ؛ لأن الصغار وإن كانوا ملاكًا له لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستقلًا بالتصرف مثله بلا ولاية منع لهم بخلاف الكبار فإن لهم ولاية المنع .

= وإن طرأ فسقه بعد الوصية ، زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أمينًا ، هذا اختيار القاضي ، وهو قول الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وعلى قول الخرقي : لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروي ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعًا بين الحقين ؛ وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين ، تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد ، وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارن ، فبعيد ؛ فإن الشروط تعتبر في الدوام ، كاعتبارها في الابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ، ولو لم يكن بد من التفريق ، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجودًا حال الوصية ، فقد رضي به الموصي ، مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضيًا بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه عَلم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد ، جاز له التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يجز للواحد التصرف . وأما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعلة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، ويضم إليه الحاكم أمينًا ، ولا يزيل يده عن المال ، ولا نظره ؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، فصحت الوصية إليه . وهكذا إن كان قويًا ، فحدث فيه ضعف أو علة ، ضم الحاكم إليه يدًا أخرى ، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني ، وهذا معاون ؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي . وهذا قول الشافعي ، وأبي يوسف . ولا أعلم لهما مخالفًا » .

(١) النساء : ١٤١ .

٢٤٥٥ – وقد يقال على هذا : إذا لم يكن للورثة الصغار ولاية المنع فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع .

٢٤٥٦ – والجواب عن ذلك : أنه إذا ثبت الإيصاء فلا تثبيت ولاية المنع للقاضي . وفي الإيصاء لغير العاقل ضرر بالورثة لعدم اهتدائه إلى التصرف النافع لهم .

٢٤٥٧ – وفي الإيصاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة أيضًا لقصور نظره في التصرف النافع لهم ؛ ولأن في الإيصاء للخائن وللذي لا يحسن التصرف في المال ضياع حق الورثة ؛ ولأنه لا ولاية للمملوك والصغير وغير العاقل ومن لا يحسن التصرف في ماله على نفسهم فأولَى ألا تكون لهم الولاية في مال غيرهم .

٢٤٥٨ – فإن كان الوصي متصفًا بكل هذه الأوصاف فبها ، وإن فقد واحدًا منها بأن أوصى إلى صغير أو خائن أو مبذر في المال بدلهم القاضي بغيرهم ؛ لأنه نصب ناظرًا لمصالح العامة ومصلحة الورثة تقتضي تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة بأن بلغ الصغير وزال وصف الخيانة وارتفعت صفة التبذير فحصل الرشد لم يتعرض لهم القاضي .

(مادة ٤٤٣)

يَجُوزُ لِلْمُوصِي أَنْ يَعْزِلَ الْوَصِيَّ مِنَ الْوِصَايَةِ وَيُخْرِجَهُ عَنْهَا بَعْدَ قَبُولِهِ وَلَوْ فِي غَيْبَتِهِ (١) .

* * *

٢٤٥٩ – وبما أن الوصي لم يستفد هذه الولاية إلا من قبل الموصي فللموصي عزله

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (١١٨/٤) : « (و) عقد الإيصاء جائز من الطرفين ، وحينئذٍ (للموصي والوصي العزل متى شاء) كالوكالة ، هذا إن لم تتعين عليه الوصية ولم يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره وإلا فليس له ذلك ، ولا ينفذ عزله كما بحثه ابن عبد السلام .

قال الإسنوي : وعلى هذا لو لم يقبل ، هل يلزمه القبول ؟ فيه نظر يحتمل اللزوم لقدرته على دفع الظالم بذلك ، ويحتمل خلافه . ا هـ . والأوجه – كما قال شيخنا – الأول إن تعين طريقًا في الدفع . قال الأذرعي : ولو غلب على ظن الموصي أن عزله لوصيه مضيع لما عليه من الحقوق أو لأموال أولاده باستيلاء ظالم أو لخلو الناحية عن قاضٍ أمين فيظهر أنه لا يجوز له عزله . ا هـ . وهو حسن .

وقد تسمح المصنف في إطلاق العزل على رجوع الموصى فإن العزل فرع الولاية ، ولا ولاية قبل موت الموصي ، فالأولى التعبير بالرجوع كما في الروضة وأصلها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٤/٨) : « وللموصي أن يعزل الوصي ، ولو بلا جريمة توجب ذلك » .

من الوصاية وإخراجه عنها في أي وقت شاء ، سواء كان قبل قبوله أو بعده ، وسواء كان الوصي حاضرًا أو غائبًا وإن لم يعلم وهذا قول الإمام الأعظم .

٢٤٦٠ - وقال أبو يوسف : يبقى الوصي وصيًّا فتنفذ جميع تصرفاته إلا إذا علم بالعزل .

٢٤٦١ - وينبني على هذا الخلاف : أن الموصي إذ عزل الوصي حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصي بذلك وتصرف قبل علمه ، فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الإمام ، وتنفذ على قول أبي يوسف .

٢٤٦٢ - وبالتأمل نجد أن قول أبي يوسف هو الظاهر ؛ لأنه يترتب على قول الإمام أن الوصي ينعزل وإن لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة ، وفي ذلك من التغرير بالغير ما لا يخفى إذ الناس عرفوه وصيًّا وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ما ينفي هذا الوصف .

٢٤٦٣ - فإذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الإمام ، فيتضرر هو ومن تعامل معه ، وهذا غير حاصل على قول أبي يوسف لنفاذ تصرفه قبل علمه بالعزل .

(مادة ٤٤٤)

إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمَيِّتُ عَدْلًا قَادِرًا عَلَى الْقِيَامِ بِالْوِصَايَةِ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي عَزْلُهُ .

وَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْقِيَامِ بِهَا حَقِيقَةً ، يَضُمُّ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا ، يَسْتَبْدِلُهُ . وَإِنْ قَدَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، يُعِيدُهُ وصيًّا كَمَا كَانَ .

وَلَا يُعْزَلُ الْوَصِيُّ بِمُجَرَّدِ شِكَايَةِ الْوَرَثَةِ مِنْهُ أَوْ بَعْضِهِمْ ، وَإِنَّمَا يُعْزَلُ إِذَا ظَهَرَتْ خِيَانَتُهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١/١٩٧) : « ليس للقاضي أن يعزل وصي الميت العدل الكافي ؛ لأنه قائم مقام الميت فليس للقاضي ولاية الحجر على العدل الرشيد وكذا من قام مقامه فينفذ كما في الولوالجية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/١١٨) : « (وينعزل الوصي) وقيم القاضي والأب والجد بعد الولاية (بالفسق) بتعدٍّ في المال ، أو بسبب آخر لزوال الشرط فلا يحتاج لعزل حاكم . تنبيه : أفهم كلامه أن =

٢٤٦٤ - والأوصياء ثلاثة ؛ الأول : عدلٍ كافٍ . والثاني : عدلٍ غير كافٍ . والثالث : فاسق يخاف منه على المال .

٢٤٦٥ - فإن كان الوصي الذي اختاره الشخص قبل وفاته عدلًا كافيًا بأن كان قادرًا على القيام بالوصاية فليس للقاضي عزله ، فإن عزله قال بعضهم : ينعزل ويكون القاضي جائرًا ؛ لأن للقاضي سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصًا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيًّا .

٢٤٦٦ - وقال بعضهم : لا ينعزل ؛ لأنه متى كان متصفًا بما ذكر يكون في إبقائه مراعاة الحقين حق الموصي وحق الورثة وهو الغرض من الإيصاء الشرعي واختلف عبارتهم في المختار من هذين القولين والظاهر الثاني ؛ لأن سطوة القاضي وولايته لا يستعملهما في الجور .

٢٤٦٧ - وإن كان عدلًا غير كاف بأن كان مأمونًا على الأموال ولكن لا يمكنه القيام بجميع شؤون التركة وحده فلا يعزله القاضي أيضًا ؛ بل يضم إليه غيره ، فإبقاؤه لاعتماد الموصي عليه لأمانته وصيانته وضم غيره إليه ليزول ضرر عدم كفايته ففي هذه الطريقة مراعاة الحقين ولكن لا بد أن يكون عاجزًا عن القيام بجميع شؤون التركة حقيقة بأن يثبت ذلك بالبينة لا بمجرد إخباره ؛ لأنه قد يخبر بذلك تخفيفًا على نفسه فلو ضم إليه غيره في هذه الحالة كان فيه إضرارًا بالورثة لزيادة الأجر عليهم ، اللّهم إلا إذا وجد متبرع وأين هو ؟!

٢٤٦٨ - ولا يقال ذلك عند إقامة البينة ، بل يكون الضرر في عدم ضم غيره إليه . فإن كان عدلًا ولكن لا يمكنه أن يقوم بشيء من شؤون التركة أصلًا استبدله القاضي بغيره ؛ لأن المصلحة في ذلك فإن عادت قدرته على القيام بالأعمال أعاده وصيًّا مراعاة لحق الميت والورثة .

٢٤٦٩ - وإن كان الوصي الذي اختاره الميت فاسقًا ويخاف منه على المال عزله القاضي ونصب آخر بدله ؛ لأن في إبقائه على الوصية إضرارًا بالورثة ، والميت لا يقدر

= الوصي لا ينعزل باختلال كفايته وهو كذلك ، لكن يضم القاضي إليه معينًا ، بل أفتى السبكي بأنه يجوز للقاضي أن يضم إلى الوصي غيره بمجرد الريبة من غير ثبوت خلل . قال : ولم أره منقولًا ، وكلام الأصحاب يقتضي المنع ، وفساد الزمان يقتضي الجواز ﴿ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ . ا هـ . والأوجه ما بحثه الأذرعي من أنه إن قويت الريبة بقرائن ظاهرة ضم ، وإلا فلا ، وإن ضعف منصوب القاضي عزله » .

على عزله فيقوم القاضي مقامه ؛ لأنه نصب ناظرًا لمصالح العامة .

٢٤٧٠ - فإن استمر وصف العدالة بالنسبة للوصي فلا يعزله القاضي ولو اشتكى منه بعض الورثة ؛ إلا أن يتثبت القاضي من صحة الشكوى وتظهر خيانته وحينئذٍ يكون له عزله ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت وحيث ظهرت الخيانة فاتت الأمانة ، والميت إنما اختاره لأجلها فليس من النظر إبقاؤه بعد فواتها ، ولو كان الموصي حيًا لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأن الميت مات ولم يقم وصيًا .

وَصِي القاضي

(مادة ٤٤٥)

إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَصِيٌّ مُخْتَارٌ ، وَكَانَ عَلَيْهِ أَوْ لَهُ دَيْنٌ أَوْ فِي تَرِكَتِهِ وَصِيَّةٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَارِثٌ لإِثْبَاتِ ذَلِكَ وَإِيفَائِهِ الدَّيْنَ وَاسْتِيفَائِهِ وَتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ، أَوْ كَانَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ صَغِيرًا ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَنْصِّبَ وصيًا .

وَلَهُ ذَلِكَ أَيْضًا إِذَا كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ مُسْرِفًا مُبَذِّرًا لِمَالِهِ ، أَوِ احْتِيجَ إِلَى إِثْبَاتِ حَقِّ صَغِيرٍ أَبُوهُ غَائِبٌ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ، أَوْ تَعَنَّتَ الْوَرَثَةُ فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ لِقَضَاءِ مَا عَلَيْهَا مِنَ الدُّيُونِ (١) .

* * *

٢٤٧١ - فقد بان لك من هذا أنه إذا أقام الأب وصيًا متوفرة فيه الشروط ولم يظهر

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٦/٢٩٥) : « قال الإمام الحلواني : للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع إذا كان في التركة دَيْن ؛ مهرًا كان الدين أو غيره بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغيرة فينصبه القاضي لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير ، وكذا لو كان أبو الصغير مُبذرًا متلفًا لمال الصغير ينصب وصيًا لحفظ ماله ، ولو اشترى الوارث من مورثه شيئًا ثم اطلع بعد موته على عيب نصب القاضي وصيًا حتى يرده الأب عليه ، وقيد الخصاف نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين له وارث كبير غائبًا بانقطاعه عن بلد المتوفى لا يأتي ولا تذهب القافلة ، فإن لم يكن منقطعًا لا ينصب ، وكذا ينصب وصيًا على الصغير عند غيبة أبيه ، واحتيج إلى إثبات حق الصغير إن كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا وينصب وصيًا عن المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب عن الغائب . ا هـ . فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصي ، ثم رأيت ثامنًا قال في القنية إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس فالقاضي ينصب عنه وصيًا ، ويأمر المدعي بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما . ا هـ . قال في البزازية بعدها : وإنما يلي النصب إذا كان مأذونًا بالاستخلاف وينصب عدلًا أمينًا كافيًا لا غريبًا لا يعرف ، ويثبت ذلك بإخبار عدل ، =

عليه ما يُوجب عزله فهو الذي له الولاية على أموال الصغار فإن مات الأب ولم يقم وصيًّا .

٢٤٧٢ – فإن كان له أب متوفرة فيه الشروط ثبتت له الولاية ؛ فإن لم يكن الأب وهو جد الأولاد موجودًا أو كان ؛ ولكنه غير أهل للولاية انتقلت إلى القاضي فله أن يتصرف بنفسه في أموال الصغار وله أن يقيم وصيًّا ؛ لأنه نصب ناظرًا للمصالح الدينية

= ويشترط في نصب الوصي على اليتيم كونه في ولاية القاضي لا التركة ، وفي الوقف كون المدعى عليه في ولايته هكذا اختاره القاضي ، وفيه اختلاف ويملك البيع على المديون لإيفاء دينه على القول المفتي به كما صرحوا به في الحجر ، وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط ، وولاية إقراض مال الغائب وله بيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب فإذا علم مكانه بعث إليه ؛ لأنه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على أنه يملك بعث مال الغائب إليه إذا خاف التلف ، وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود طلب الوارث أو لا ، له إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لإيفاء دينه إذا كان دينه ثابتًا عنده ، وله الإرسال خلف من نسب إلى طلاق زوجته الثلاث إذا أخبره عدلان ، وإن لم تطلبه المرأة الكل من البزازية من نوع في ولاية القاضي .

قال : وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الإذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله كما قدمناه في النفقات ، وله فرض النفقة على الزوج إذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير وفي جامع الفصولين للقاضي إيداع مال الغائب وله الإذن في بيع شيء باعه مالكه لرجل وغاب المشتري ليأخذ ثمنه من ثمنه لو من جنسه ، ولو كانت دابة فله الإذن بإجارتها وعلفها من أجرتها ، وله الإذن ببيع الجارية المغصوبة لو كان مالكها غائبًا ولو من الغاصب فيحل له وطؤها ، وإن حضر مالكها كان له على ذي اليد ثمنها ، ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن يكاتبهما ويبيعهما ، وله أن يقبض دين غائب من محبوسه ، وله أن يضعه عند عدل وله إطلاق محبوسه بكفيل بنفسه ، وله الإذن ببيع وديعة خِيف فسادها وربها غائب كصوف ، وله بيع دار الميت إذا لم يعلم له وارث ، وإذا علم جاز أيضًا حفظًا ، وله بيع الآبق وله إجارة بيع بيت المفقود لو خيف خرابه لو لم يسكن ، وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه ، وله أخذ وديعة المفقود وإيداعها عند من يثق به . ا هـ . ما في جامع الفصولين ملخصًا ، وأما إقامة الجمع والأعياد فيملكها القاضي إن كانت في منشوره ، وإلا فلا وقول محمد للقاضي أن يجمع جملة المشايخ على هذا كذا في البزازية من أول القضاء ، وله النظر في الطريق فيمنع متعديًا فيها ببناء وإشراع جناح لا يجوز ، وله نصب القسام كما ذكروه في كتاب القسمة ، وله نصب أئمة المساجد ، ولم أر حكم نصبه للمحتسبين ، وينبغي أن يكون له ذلك إن لم ينصب الإمام أحدًا ، وأما نصب العاشر والجابي للزكوات فإلى الإمام كأخذ الجزية والخَراج وما يتعلق بأموال بيت المال » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١١/١٦٢) : « وإذا ثبتت الولاية ، وكانت عامة : استفاد بها النظر في عشرة أشياء : فصل الخصومات ، واستيفاء الحق ، ممن هو عليه ، ودفعه إلى ربه ، والنظر في أموال اليتامى ، والمجانين والسفهاء ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر في الوقوف في عمله بإجرائها على شرط الواقف ، وتنفيذ الوصايا ، وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن ، وإقامة الحدود ، وإقامة الجمعة » .

والدنيوية ، ولا شك أن مصلحة الصغار في إقامة شخص ينظر في شؤونهم ، لأنهم لقصر عقولهم لا يهتدون إلى ما فيه صلاح أحوالهم وهذا الشخص يسمى : وَصِي القاضي .

٢٤٧٣ - وبما أن إقامة القاضي وصيًا منوطة بالاحتياج للمصلحة، فليس له أن يقيم وصيًا في كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الأب ولم يقم وصيًا أو كان موجودًا ولكنه غير صالح للولاية ، فله أن يقيم وصيًا في المسائل الآتية :

٢٤٧٤ - **أولًا** : إذا كان على الميت دَيْن ولم يوجد وارث يخاصمه الدائن في إثبات دينه وأخذه منه ؛ لأنه لو لم يقم القاضي وصيًا لتضرر الدائن .

٢٤٧٥ - **ثانيًا** : إذا كان للميت دَيْن على شخص ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدَّيْن ويستوفيه ؛ لأنه لو لم يقم وصيًا لتضرر مستحق التركة .

٢٤٧٦ - **ثالثًا** : إذا أوصى الميت بشيء من أمواله لشخص ولم يجد الموصى له وارثًا يثبت الوصية في وجهه ؛ إذ بعدم إقامة وصي يتضرر الموصى له فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة في جميع هذه المسائل فلا حاجة إلى إقامة الوصي .

٢٤٧٧ - **رابعًا** : إذا كان في الورثة صغير ، فيقيم القاضي وصيًا يقوم مقامه مع الورثة الكبار ومن باب أَوْلى ما إذا كانت كل الورثة صغارًا .

٢٤٧٨ - **خامسًا** : إذا كان للصغير مال ورثه عن أمه مثلًا وله أب ولكنه غير أهل للولاية بأن كان مُسرفًا مُبذرًا للمال مثلًا ؛ لأن مصلحة الصغير في إقامة شخص لحفظ أمواله من الضياع .

٢٤٧٩ - **سادسًا** : إذا غاب أبو الصغير غيبة منقطعة بأن لم يعرف مكانه ولا حياته ولا وفاته واحتيج إلى إثبات حق من الحقوق أو حفظ الأموال ؛ لأن المصلحة في إقامة الوصي .

٢٤٨٠ - **سابعًا** : إذا كانت التركة مديونة وكانت الورثة كبارًا وأمروا ببيع شيء من التركة ؛ لقضاء الدين أو بتسديده من مالهم فلم يمتثلوا ؛ لأنه لو لم يخوَّل هذا الحق للقاضي في هذه الحالة لتضرر الدائنون .

(مادة ٤٤٦)

إِذَا أَقَامَ الْمَيِّتُ وَصِيَّيْنِ ، أَوِ اخْتَارَهُمَا قَاضٍ وَاحِدٌ ، فَلاَ يَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ ، فَلا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ إلا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، مَا عَدَا الأَحْوَالِ الآتِيَة ، وَهِيَ :

تَجْهِيزُ الْمَيِّتِ ، وَالْخُصُومَةُ في حُقُوقِهِ الَّتِي عَلَى الْغَيْرِ ، وَطَلَبُ الدُّيُونِ الْمَطْلُوبَةِ لَهُ لا قَبْضُهَا ، وَقَضَاءُ الدُّيُونِ الْمَطْلُوبَةُ مِنْهُ بِجِنْسِ حَقِّهِ ، وَتَنْفِيذُ وَصِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لِفَقِيرٍ مُعَيَّنٍ ، وَشِرَاءُ مَا لاَ بُدَّ مِنْهُ لِلطِّفْلِ ، وَقَبُولُ الْهِبَةِ لَهُ ، وَتَأْجِيرُ الطِّفْلِ لِعَمَلٍ ، وَإِجَارَةُ مَالِهِ ، وَرَدُّ الْعَارِيَةِ وَالْوَدَائِعِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَرَدُّ مَا اغْتَصَبَهُ الْمَيِّتُ وَمَا اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا ، وَقِسْمَةُ الْمَكِيلاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ مَعَ شَرِيكِ الْمُوصِي ، وَبَيْعُ مَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ ، وَجَمْعُ الأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ .

وَإِنْ نَصَّ الْمُوصِي عَلَى الانْفِرَادِ أَوِ الاجْتِمَاعِ ، يُتَّبَعُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٢٩١ ، ٢٩٢) : « (ومن أوصى إلى اثنين لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء نبينها إن شاء اللّه ، وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف في المال من غير إذن صاحبه في جميع الأشياء ؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فيثبت لكل واحدٍ منهما كملا كولاية الإنكاح للأخوين ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع وهو شرط مقيد برضا الموصي ولم يرض إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح ؛ لأن السبب هناك القرابة ، وقد قامت بكل واحد منهما كاملًا . (قوله : إلا في شراء الكفن للميت وتجهيزه) ؛ لأن في التأخير فساد الميت وفي انتظار أحدهما لصاحبه في شراء الكفن تأخير لدفنه ونحن مأمورون بتعجيل دفنه قوله : (وطعام الصغار وكسوتهم) يعني الصغار من أولاد الميت ؛ لأنه يخاف موتهم جوعًا أو عريًا فتسقط ولاية الغائب في ذلك قوله (ورد وديعة بِعَيْنِهَا) وكذا رد العواري والأمانات كلها ، وكذا رد المغصوب ، والمشترى شراءً فاسدًا ، وحفظ المال ، وقضاء الديون . قوله (وقضاء دَيْن عليه) يعني لأحدهما أن ينفرد بقضاء الدين ؛ لأنه لو أخذه من له الدين بغير إذنهما جاز ووقع عن القضاء فكذا إذا أخذه بإذن أحدهما فهو أولى بالجواز وكذا الوديعة لو أخذها صاحبها بغير تسليم منهما جاز فكذا إذا أخذها بتسليم أحدهما ، قوله (وتنفيذ وصية بعينها أو عتق عبد بعينه) ؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى الرأي ، قوله (والخصومة في حق الميت) ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ؛ لأنها لا تتأتى منهما في حالة واحدة ؛ لأنهما إذا تكلما معًا لم يفهم ما يقولان ولكن إذا آل الأمر إلى القبض ليس لأحدهما أن يقبض إلا بإذن الآخر وكذا قبول الهبة للصغير ؛ لأن في التأخير خِيفة الفوات وكذا بيع ما يخشى عليه التلف ؛ لأن في التأخير خشية التلف وفيه ضرورة .

قال الخجندي : فمن أصحابنا من قال إن الاختلاف في هذه المسائل فيما إذا أوصى إليهما معًا ، أما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة فلكل واحد منهما أن يتصرف دون الآخر إجماعًا ، ومنهم من قال : =

....

= الاختلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حِدة ، أما إذا أوصى إليهما معًا فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إجماعًا ، والصحيح أن الاختلاف فيهما واحد ، وكذلك هذا الاختلاف في الأبوين ليس لأحدهما أن يتصرف في مال الولد إلا بإذن الآخر إلا في الأشياء المخصوصة التي ذكرناها في الوصيين إلا أن فيه زيادة شيء وهو أن لأحد الأبوين أن يزوجه امرأة إن كان ابنًا وإن كانت بنتًا يزوجها وليس للآخر أن يُبطله ، ولو مات أحد الوصيين لا تنتقل ولايته إلى الآخر حتى أنه ليس له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصيًا آخر أو الوصي الذي مات أوصى إلى الحي أو إلى رجل آخر ، وعن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى الحي لا يجوز له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصيًا آخر ؛ لأن الميت لم يرضَ برأي أحدهما ، وإنما رضِي برأي اثنين ، ولو أوصى إلى رجلين ثم إن أحدهما تصرف في المال في غير الأشياء المعدودة ثم أجازه صاحبه ، فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تحديد العقد ، وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الأول عندنا . وقال الشافعي : لا يكون وصِيًا في تركة الميت الأول ؛ لأنه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا أنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده صار راضيًا بإيصائه إلى غيره » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٢٢/٤) : « (ولو وصى اثنين) ولم يجعل لكل منهما الانفراد بالتصرف بل شرط اجتماعهما فيه أو أطلق كأن قال : أوصيت إلى زيد وعمرو أو إليكما (لم ينفرد أحدهما) بالتصرف عملًا بالشرط في الأول ، واحتياطًا في الثاني ؛ بل لا بد من اجتماعهما فيه (إلا إن صرح به) أي الانفراد كأن يقول : أوصيت إلى كُلٍّ منكما ، أو كل واحد منكما ، وصي أو أنتما وصياي فلكل منهما الانفراد بالتصرف ، قال الأذرعي : وفي الأخيرة نظر ، ورد بأن التثنية في حكم تكرير المفرد ، فكأنه قال : كل منكما وصي ، فإذا ضعف أحدهما عن التصرف انفرد الآخر كما لو مات أو جُنَّ ، وللإمام نصب من يعين الآخر ، وليس المراد بعدم الانفراد بالتصرف تلفظهما بالعقد معًا ، بل المعتبر أن يصدر عن رأيهما وإن باشره أحدهما أو غيرهما بأمرهما .

تنبيه : محل وجوب الاجتماع عند عدم التصريح بالانفراد في أمر الأطفال وأموالهم وتفرقة الوصايا غير المعينة وقضاء دَيْن ليس في التركة جنسه . أما رد الأعيان المستحقة كالمغصوب والودائع والأعيان المُوصى بها وقضاء دَيْن في التركة جنسه فلأحدهما الاستقلال به ؛ لأن لصاحب الحق أن يستقل بأخذ ذلك فلا يضر استقلال أحدهما به . وقضيته أنه يباح له ذلك ، وأن المدفوع يقع موقعه ، وهو كذلك وإن توقف الشيخان في جواز الإقدام ، ويرد على إطلاق المصنف ما لو اختلفا في حفظ المال المنقسم فإنه يقسم بينهما نصفين ، فإن تنازعا في تعيين النصف المحفوظ أقرع بينهما على الأصح في الروضة ، وإذا تعين اجتماعهما على التصرف واستقل أحدهما به لم يصح تصرفه وضمن ما أنفق على الأولاد أو غيرهم ، وعلى الحاكم نصب آخر إن مات أحدهما أو جُن أو فسق أو غاب أو لم يقبل الوصاية ليتصرف مع الموجود ، وليس له جعل الآخر مستقلًا في التصرف ؛ لأن الموصي لم يرض برأيه وحده ، ولو ماتا مثلًا جميعًا لزم الحاكم نصب اثنين مكانهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٥٣/٤ ، ٤٥٤) : « (و) إن أوصى (لاثنين) بلفظ واحد جعلتكما وصيين أو بلفظين في زمن واحد أو زمنين من غير تقيد باجتماع أو افتراق (حمل على) قصد (التعاون) فلا يستقبل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه ، أما إن قيد الموصي في =

....

= وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به ابن عبد السلام ولم يجعلوا وصيته للثاني ناسخة للأول ، (وإن) (مات أحدهما أو اختلفا) في أمرٍ كبيع أو شراء أو تزويج أو غير ذلك (فالحاكم) ينظر فيما فيه الأصلح ، هل يبقي الحي منهما ، أو يجعل معه غيره في الأولى أو يرد فعل أحدها دون الآخر أو يردهما معا في الثانية ؟ » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٤٢ ، ١٤٣) : « (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد أخرجت الأول) معنى أوصى إلى رجل : أي جَعل له التصرف بعد موته ، فيما كان له التصرف فيه ، من قضاء ديونه ، واقتضائها ، ورد الودائع ، واستردادها ، وتفريق وصيته ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده ، والنظر لهم في أموالهم بحفظها ، والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه . فأما من لا ولاية له عليهم ، كالعقلاء الراشدين ، وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد ، فلا تصح الوصية عليهم ؛ لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة ، فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات . ولا نعلم في هذا كله خِلافًا . وبه يقول مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا : للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل ؛ لأن له ولادة وتعصيبًا ، فأشبه الأب . ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجَد وجهان ؛ أحدهما ، أن لها ولاية ؛ لأنها أحد الأبوين ، فأشبهت الأب .

ولنا : أن الجَد يدلي بواسطة ، فأشبه الأخ والعم وفارق الأب ، فإنه يدلي بنفسه ، ويحجب الجد ، ويخالفه في ميراثه وحجبه ، فلا يصح إلحاقه به ، ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي ؛ لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال ، فلا تلي مال غيرها ، كالعبد ؛ ولأنها لا تلي بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب ، إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد أخرجت الأول أو قد عزلته ؛ لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر ؛ ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما ، فكانا وصيين ، كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة ، فأما إن أخرج الأول انعزل ، وكان الثاني هو الوصي ، كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني .

فصل : ويجوز أن يوصي إلى رجلين معًا في شيءٍ واحد ، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردًا ، فيقول : أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف ؛ لأنه جعل كل واحد منهما وصِيًا مُنفردًا ، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد ، وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ؛ ولأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرضَ بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافًا ، وإن أطلق ، فقال : أوصيت إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف ، وبه قال مالك ، والشافعي . وقال : أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تتبعض ، فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختهما . وقال أبو حنيفة ومحمد : يستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دَيْنه ، وإنفاذ وصيته ، ورَدِّ الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه ؛ لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها ، فجاز الانفراد بها . =

٢٤٨١ – وقد نَصَّ الفقهاء على أن القاضي له أن يقيم شخصًا مقام غيره في مسائل ، وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر .

٢٤٨٢ – فمن هذه المسائل : ما إذا كان شخص مدينًا لآخر فطالبه بالدَّيْن فحلف له أن يعطيه هذا المبلغ في الوقت الفُلاني وجاءه به في الوقت المعين فاختفى الدائن ليوقع عليه اليمين ؛ لأن في عدم إقامة الغير إضرارًا بالمدين لوقوع اليمين عليه .

٢٤٨٣ – ومنها : ما لو كان شخص مدينًا ، فطالبه الدائن بالدين فضمن شخص آخر إحضاره له في وقت معين ، وشرط أنه إن لم يحضره إليه فيه يكون ملزمًا بدفع الدين ثم أحضره في الوقت المتفق عليه فاختفى الدائن حتى يفوت الوقت ؛ لأنه لو لم يقم الغير لتضرر الكفيل بالنفس لإلزامه بالديْن المعلق على عدم التسليم في الوقت المعين .

٢٤٨٤ – ومنها : ما لو كان المدعَى عليه أخرس أصم ولا ولي له .

٢٤٨٥ – ومنها : ما لو أسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ليقضي عليه بالفرقة ؛ لأنه لو لم يقم شخصًا عنه لتضررت الزوجة التي أسلمت بانتظارها وقتًا غير معلوم لشفاء زوجها المجنون .

٢٤٨٦ – ومنها : ما لو ادعى الوصِي دَيْنًا على الميت ، فينصب القاضي وصِيًّا في مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصي في إثباته .

٢٤٨٧ – والفروع التي من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها ، ولكن متى عرفنا السبب في ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر استغنينا عن سردها .

٢٤٨٨ – فقد بان لك أنه متى أقام الأب وصيًّا واحدًا وكان مستوفيًا لكل الشروط وقادرًا على القيام بجميع شؤون التركة فهو الذي يتصرف ولا يزاحمه غيره اتفاقًا فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقف على إجازة غيره .

٢٤٨٩ – وأما إذا أقام وصيين أو اختارهما قاضٍ واحد فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٢٤٩٠ – **الأول** : أن ينص الموصي على الانفراد بأن يقول : أقمتكما وصيين ولكل

= ولنا : أنه شرك بينهما في النظر ، فلم يكن لأحدهما الانفراد ، كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به ، فإنه جعل الولاية إليهما باجتماعهما ، فليست متبعضة ، كما لو وكل وكيلين ، أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا إلا مجتمعين ، ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ، ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضًا ، وإذا تعذر اجتماعهما ، أقام الحاكم أمينًا مقام الغائب » .

منكما أن ينفرد بالتصرف .

٢٤٩١ - **والثاني** : أن ينص على الاجتماع بأن يقول : أقمتكما وصيين ولا يتصرف أحدكما وحده .

٢٤٩٢ - **الثالث** : أن يطلق بأن يقول : أقمتكما وصيين .

٢٤٩٣ - فإن كان الأول أو الثاني اتبع ما نص عليه .

٢٤٩٤ - وإن كان الثالث ، فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف ، وقال الإمام الأعظم ومحمد : لا ينفرد .

٢٤٩٥ - وينبني على هذا : أنه إذا تصرف أحدهما بدون أخذ رأي الآخر كان تصرفه نافذًا عند أبي يوسف وموقوفًا عندهما ، فإن أجازه الوصي الآخر نفذ وإن رده بطل .

٢٤٩٦ - والمختار أن هذا الخلاف جار بينهم ، سواء كان إيصاؤه لهما بعقد واحد كما إذا قال لهما : أقمتكما وصيين أو بعقدين كما إذا قال لواحد : قم بلوازم أولادي بعد موتى ، وقال الآخر بعد ذلك : أقمتك وصيًا .

٢٤٩٧ - وقال بعضهم : الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إلى كل واحدٍ منهما بعقد على حدة ، وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع .

٢٤٩٨ - وقال بعضهم : الخلاف إنما هو فيما إذا أوصى إليهما بعقد واحد ، وأما إذا أوصى إلى كل منهما بعقد على حدته فينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ، واختلفت عبارات الفقهاء في الأرجح من هذه الأقوال ، والظاهر من كلامهم الأول .

٢٤٩٩ - واستدل أبو يوسف : بأن الإيصاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لاثنين شرعًا ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالأخوين في مسألة الزواج فإن لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقًا وسبب ذلك أن الإيصاء خلافه .

٢٥٠٠ - وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتًا للموصي وقد كان بوصف الكمال ؛ ولأن اختيار الأب أو الجد لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما .

٢٥٠١ - واستدل أبو حنيفة ومحمد : بأن الولاية ثبتت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع ؛ لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ،

ولم يرض الموصي إلا باثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلًا ، بخلاف الأخوين في النكاح ؛ لأن السبب هناك القرابة وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد .

٢٥٠٢ - وقد استثنى أبو حنيفة ومحمد من قولهما هذه المسائل لو باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذًا بلا توقف على إجازة الآخر، ومن تتبع هذه المسائل وجدها لا تخرج عن أصلين :

٢٥٠٣ - **الأول** : المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر .

٢٥٠٤ - **الثاني** : المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي .

٢٥٠٥ - وينبني على ذلك أن لأحد الوصيين الانفراد إجماعا في المسائل الآتية:

٢٥٠٦ - **أولًا** : تجهيز الميت ؛ لأن في التأخير ضررًا ولا يحتاج فيه إلى الرأي ؛ لأن الكفن المسنون والأمور الجائزة شرعًا في هذه الحالة معلومة ؛ بل عند التأمل نرى أن التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصي ولذا يملكه الجيران في الحضر والرفقة في السفر .

٢٥٠٧ - **ثانيًا** : الخصومة في حقوق الموصي التي على الغير ولكن الظاهر أن المراد بالخصومة التي ينفرد بها أحدهما حضوره في مجلس القضاء لا رفعة الدعوى والسير فيها بدون أخذ رأي الآخر إذ هذا مما يحتاج فيه إلى الرأي ، وإنما كان الظاهر ما ذكر بدليل أنهم عللوا الانفراد في الخصومة بقولهم ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين فالمتعذر إنما هو الاجتماع على ما قالوا لا أخذ الرأي .

٢٥٠٨ - وبدليل أنهم نصُّوا على أنه إذا وَكَّل شخص اثنين بعقدٍ واحد لا ينفرد أحدهما بالتصرف إلا في مسائل منها الخصومة ، وقالوا في تعليل الانفراد ؛ لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي والخصومة .

٢٥٠٩ - وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي مُتعذر ؛ لأنه يؤدي إلى التشويش على القاضي وإلى الشغب والرأي يحتاج إليه سابقًا على الخصومة .

٢٥١٠ - ولما خالف زفر في مسألة الخصومة وقال : لا ينفرد أحدهما فيها ، معللًا ذلك بأنها محتاجة إلى الرأي ورأي الاثنين لا يكون كرأي الواحد ردوا عليه بقولهم : إن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتَحريًا للصواب ؛

إذ الإنسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفي الاجتماع إخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيًا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وهذا يكون بأن يتناوبا الأمر برأيهما وإنما ينفرد أحدهما بالتكلم .

٢٥١١ - فيؤخذ من صريح هذا ما قلناه لما يترتب على غيره من الضرر ؛ لأن الغائب رُبما يكون أقوى حجة من الحاضر ، وقد يكون عنده من الأدلة في هذه المسألة ما ليس موجودًا عند الحاضر .

٢٥١٢ - فإذا قلنا بصحة الانفراد في هذه المسألة ، وأنه لا يؤخذ رأي الآخر ، وأقام الخصم الحجة على الحاضر ، ولم يبد ما عند الغائب لعدم علمه به وحُكِم بمقتضى هذه الحجة ، فلا تسمع عليه دعوى بعد ذلك بخصوص هذه المسألة وفيه من الإضرار بالورثة ما لا يخفى على أحد .

٢٥١٣ - **ثالثًا** : طلب الديون التي للموصي ؛ لأنه غير محتاج إلى الرأي ولكن لا يجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعده إلى الحفظ وهو محتاج إلى الرأي ، وقد يقال إذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب ، اللَّهم إلا أن يقال فائدته الاتفاق مع المدين على إحضار الدَّيْن في وقت معين ويخبر صاحبه بالاشتراك معه في استلامه وفي محل حفظه .

٢٥١٤ - **رابعًا** : قضاء الديون الثابتة المطلوبة من المُوصِي لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ما عليه بأن يكون عليه مائة جنيه ، فيدفع له مثلها ، فلو أراد أن يعطيه شيئًا آخر في مقابلة هذا الدين فلا بد من أخذ رأي شريكه في الولاية لعدم احتياج الأول إلى الرأي وللاحتياج إليه في الثاني .

٢٥١٥ - **خامسًا** : تنفيذ وصية معينة لفقير معين أو لغير فقير ، فإذا قال : أوصيت لفلان بهذا البيت ، وكانت الوصية نافذة ومستوفية كل الشروط جاز لأحدهما أن يدفع الموصى به إلى الموصى له لعدم احتياجه إلى الرأي .

٢٥١٦ - **سادسًا** : شراء ما لا بد منه للأيتام كالطعام والكسوة ؛ لأن في التأخير لحوق ضرر بهم وأي ضرر أعظم من هذا إذ ربما يموتون جوعًا أو عريًا .

٢٥١٧ - **سابعًا** : قبول الهبة للموصي عليه ؛ لأن في تأخيره خشية الفوات ولعدم احتياجه إلى الرأي ؛ ولأن القبول يملكه كل من كان الطفل في حجره ، وإن لم يكن وليًا ولا وَصِيًا فليس من باب الولاية .

٢٥١٨ - **ثامنًا** : إجارة ماله والإجارة وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن ربما يكون

في تأخيرها خشية الفوات ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحققه ، ومثله يقال في تأجير الطفل لعمل ، والظاهر أن الإجارة من المسائل التي يحتاج فيها إلى الرأي ، فلا ينفرد أحدهما بها ؛ لأن الوصيين كناظري الوقف ، وقد نص في الإسعاف على أنه لا ينفرد أحد الناظرين بالإجارة إلا إذا وُكِّل أحدهما الآخر .

٢٥١٩ - **تاسعًا** : رد العارية والودائع المعينة فإذا استعار شخصٌ شيئًا لينتفع به ومات قبل رده إلى صاحبه أو أودع شخص عنده شيئًا ومات قبل رده وكان له وصيان ملك أحدهما إعطاء الوديعة والعارية إلى صاحبها ؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي فلو احتيج إلى الرأي بأن كانت الودائع غير معينة اشترط اجتماعهما .

٢٥٢٠ - **عاشرًا** : رد ما اغتصبه الموصي ، أي : أخذه قهرًا عن صاحبه ، ورد ما اشتراه شراء فاسدًا ، لأن كلًّا منهما غير محتاج إلى الرأي .

٢٥٢١ - **حادي عشر** : قِسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصي لعدم التفاوت بين آحادها ، فلا تحتاج إلى الرأي ، ولذلك لو كانت الشركة في القيميات احتيجت القسمة إليه فلا ينفرد أحدهما بها .

٢٥٢٢ - **ثان عشر** : بيع كل ما يخشى عليه التلف ؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى .

٢٥٢٣ - **ثالث عشر** : جمع الأموال الضائعة ؛ لأن في التأخير خشية الفوات ؛ ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية .

٢٥٢٤ - والفروع في هذا المقام كثيرة ولكن متى عرفنا الأصلين المتقدمين في أول شرح المادة سهل علينا التفريع عليهما .

٢٥٢٥ - فظهر من ذلك أن الموصي إما أن ينص على الانفراد أو الاجتماع أو يطلق .

٢٥٢٦ - فإن كان الأول أو الثاني اتبع شرطه اتفاقًا كما مرَّ .

٢٥٢٧ - وإن كان الثالث ففي المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي والتي يخشى من تأخيرها الضرر ينفرد أحدهما اتفاقًا أيضًا وفي غيرها لا ينفرد عند الإمام الأعظم ومحمد وينفرد عند أبي يوسف هذا محصل ما نَصُّوا عليه .

٢٥٢٨ - وبقي أن يُقال : إذا نص على الاجتماع ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي والتي يخشى من تأخيرها الضرر ؟

٢٥٢٩ - والظاهر أن له ذلك ؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة ؛ ولأن الشرط لا يعمل

به إلا إذا كان مُفيدًا . ولم أر ذلك منصوصًا فإن وجدت نصًا صريحًا فاعمل به .

٢٥٣٠ - وكل الأحكام المتقدمة بالنسبة للوصيين تسري على ناظري الوقف .

(مادة ٤٤٧)

إِذَا أَوْصَى الْمَيِّتُ إِلَى اثْنَيْنِ وَمَاتَ ، فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَقْبَلِ الآخَرُ ، يَضُمُّ الْقَاضِي إِلَيْهِ غَيْرَهُ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ أَطْلَقَ لِلْقَابِلِ التَّصَرُّفَ .

وَلَوْ جَعَلَ الْمُوصِي مَعَ الْوَصِيِّ مُشْرِفًا ، يَكُونُ الْوَصِيُّ أَوْلَى بِإِمْسَاكِ الْمَالِ ، إِنَّمَا لا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ بِدُونِ عِلْمِ الْمُشْرِفِ وَرَأْيِهِ (١) .

* * *

٢٥٣١ - وهذا إذا قبل الوصيان الإيصاء في حياة الموصي فما دام حيين فتصرفهما على الخلاف المتقدم .

٢٥٣٢ - ثم إن حضرت الوفاة أحدهما ، فإن أوصى إلى الآخر فله التصرف في التركة وحده ، ولا يحتاج إلى نصب القاضي وصيًا آخر ؛ لأن رأى الميت باقٍ حكمًا برأي من يخلفه ، وإن أوصَى إلى غيره وجب اجتماعهما وإن لم يوص إلى الحي ولا إلى غيره نظر القاضي في المسألة لِما له من الولاية العامة ، فإن وجد الباقي قادرًا على إدارة جميع شؤون التركة وحده فُوض إليه النظر كله وإن رآه محتاجًا إلى من يعاونه ويساعده ضم إليه آخر .

٢٥٣٣ - وكثير من الفقهاء يقول : لا بد من ضم آخر إلى الحي عند الكل ، أما عند من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر ؛ لأن الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم إليه القاضي وَصِيًا نظرًا للميت عند عجزه ، وأما عند القائل بصحة انفراد أحدهما

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٤١/٦ ، ١٤٢) : « رجل أوصى إلى رجل وجعل غيره مشرفًا عليه يكون الوصي أولى بإمساك المال ولا يكون المشرف وصيًا ، وأثر كونه مشرفًا أنه لا يجوز تصرف الوصي إلا بعلمه ، كذا في خزانة المفتين » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٢٢/٤) : « ولو جعل المُوصي على الوصيين مشرفًا لم يتصرفا إلا بمراجعته . قال الأذرعي : ومحله فيما يحتاج إلى نظر ، لا كشراء الخبز والبقل ، قال في الكفاية : وليس للمشرف التصرف ، ذكره في البحر » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٥٣/٤) : « وأما لو أوصى واحدًا وجعل آخر ناظرًا ومشرفًا عليه فإنما لذلك المشرف المشورة والنظر وليس له رد السداد من تصرف الوصي ولا نزع المال منه » .

بالتصرف وهو أبو يوسف فلان الحي منهما ، وإن كان يقدر على التصرف ولكن الموصي قصد أن يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر .

٢٥٣٤ - وبعضهم يقول : متى كان الباقي منهما قادرًا على إدارة جميع التركة، فلا حاجة إلى إقامة آخر عند أبي يوسف ، وهو الظاهر للاستغناء عنه بقدرة الباقي خصوصًا إذا كان يترتب على إقامة آخر زيادة الأجر التي نحن في غنى عنها نظرًا لحق الورثة .

٢٥٣٥ - ومثل هذا ما إذا أوصي إلى اثنين ولم يقبلا في حياته وبعده موته قبل أحدهما ولم يقبل الآخر ، فإن القاضي ينظر فإن رأى أن القابل كافٍ وحده أطلق له التصرف وإلا ضم إليه غيره .

٢٥٣٦ - والوصي هو الذي يحفظ المال دون غيره ولو كان مشرفًا ، أي : ناظرًا إقامة الموصي مع الوصي ولكن ليس للوصي أن يتصرف إلا بعد إخبار المشرف بما يريده من التصرفات وأخذ رأيه فيها .

(مادة ٤٤٨)

وَصِيُّ الْوَصِي الْمُخْتَار وَصِيٌّ فِي التَّرِكَتَيْنِ ، وَلَوْ خَصَّصَهُ بِتَرِكَتِهِ .
وَوَصِيُّ وَصِيِّ الْقَاضِي وَصِيٌّ فِي التَّرِكَتَيْنِ أَيْضًا إِنْ كَانَتْ الْوِصَايَةُ عَامَّةً [(١)] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٦/٢٠٩ ، ٢١٠) : « (ووصى الوصي وصي التركتين) أي إذا مات الوصي ، وأوصى إلى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الأول ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يكون وصيًا في تركة الميت الأول ؛ لأن الميت فوض إليه التصرف ، ولم يُفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه ؛ ولأنه رضي برأيه ، ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فإنه يصير وصيًا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ؛ ولأن العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ، ولا للمضارب أن يضارب فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصى إليه .

ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي ، ولهذا يقدم على الجد ، ولو لم تنتقل إليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل إليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد ، وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونًا مطبقًا فإذا انتقلت إليه الولاية ملك الإيصاء ، والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للموصي تنتقل إلى الجد في النفس ، وإلى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الأب فيما انتقل إليه حتى ملك الإيصاء فيه فكذا الوصي ، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولاية ، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ، =

٢٥٣٧ - وما دام الوصي موجودًا فهو الذي يتصرف إذا لم يطرأ ما يَستوجب عزله ، فإن مات فإذا لم يوص إلى غيره أقام القاضي وصِيًّا ، وإن أوصى إلى غيره كان المُوصى إليه وصيًّا في التركتين أي : تركته وتركة موصيه .

٢٥٣٨ - وقال الإمام الشافعي - رضي الله تعالى عنه - : لا يكون وصِيًّا في تركة مُوصيه ، واستدل بأن الموصي الأول فوض إلى وصيه التصرف ، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه .

٢٥٣٩ - ولأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل ؛ فإنه يكون وصيًّا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ؛ ولأن العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال من أوصى إليه .

٢٥٤٠ - ودليلنا : أن الوصي تصرف بوصية منتقلة إليه ، فيملك الإيصاء إلى غيره ؛ لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين

= ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي بل وجد ما يدل عليه ؛ لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صار راضيًا بإيصائه إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده ، وهو تلافي ما فرط فيه بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بتوكيل أو إيصاء » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٦٩/٣) : « (ولو قال) لوصيه (أوصيت إلى من أوصيت إليه إن مت أنت) أو إذا مت أنت فوصيتك وصيتي (لم يصح) ؛ لأن الموصى إليه مجهول (والمنصوب لقضاء الدَّيْن يُطالب الورثة بقضائه أو تسليم التركة) لتباع في الدين تبرئة لذمة الموصي ، وكقضاء الدين قضاء الوصايا كما صرح به الأصل (فإن عين) الموصي (لغريمه عبدًا) عِوضًا عن دَيْنه (تعين) له فليس للورثة إمساكه ؛ لأن في أعيان الأموال أغراضًا (وكذا لو أمر ببيعه له) أي غريمه أي لأجله بأن قال : بعه ، واقض الديْن من ثمنه فيتعين؛ لأنه قد يكون أطيب وأبعد عن الشبهة » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٤٤/٢) : « (ووصي الوصي) الذي أوصاه الأب وإن تسلسل . (كالوصي) في كل ما كان للموصي فعل من نكاح أو غيره . قال خليل : وإنما يوصي للمحجور عليه أب أو وصيه وإن بعد لا غيرهما ، كمقدم قاضٍ أو جد سوى الأم فإن لها الإيصاء بالشروط المتقدمة ، ومثل الوصي في صحة الإيصاء لغيره الخليفة والمجبر وإمام الصلاة وناظر الوقف إن جعل له الواقف الإيصاء ، والضابط في ذلك أن كل من ليس له عزل نفسه مما قبل التولية فيه يجوز له الإيصاء به ، ومن له عزل نفسه كالأمين على الرهن والوكيل والقاضي فليس له الإيصاء ، وفهم من قول المصنف : ووصي الوصي كالوصي أنه يجوز له الإيصاء وهو كذلك كما ذكرنا حيث كان الوصي مُتحدًا ، وأما لو كان متعددًا فإنه لا يجوز له الإيصاء بغير إذن صاحبه . قال خليل : ولاثنين حمل على التعاون وإن مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم ولا لأحدهما إيصاء ولا لهما قِسم المال وإلا ضُمِنا » .

فينزل الثاني منزلته في التركتين ، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي ، بل وجد ما يدل عليه ؛ لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه بأنه لا يعيش أبدًا ، بل تعتريه المنية صار راضيًا بإضافته إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض إليه بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بالتوكيل ، ولكن هذا الحكم وهو جعل وصي الوصي وصيًا في التركتين ليس على إطلاقه في كل الصور عندنا بل في بعضها .

٢٥٤١ – وبيانه : أن الوصي عند إقامته وصيًا آخر إما أن يبهم بأن يقول : أقمتك وَصِيًّا . أو يبين بأن يقول : أقمتك وصيًا في التركتين ، أو : في تركة موصيَّ ، أو : في تركتي . فإن أبهم أو بين فقال : في التركتين . فهو وصي فيهما إجماعًا .

٢٥٤٢ – وإن بين فقال : في تركة موصيَّ . كان وصيًا بالنسبة إليها بالإجماع أيضًا . وإن قال : أقمتك وصيًا في تركتي .

٢٥٤٣ – فقال أبو حنيفة : يكون وصيًا فيهما أيضًا ؛ لأن تركة مُوصِيه تركته إذ هو يملك التصرف فيها كما كان يملكه في أمواله الخاصة به فالكل تركة له ؛ لأن اللفظ يتناول التركتين .

٢٥٤٤ – وقال الصاحبان : يكون وصيًا في تركته خاصة ، وهو الظاهر لتبادره إلى الذهن عند سماع هذه العبارة ؛ لأن تركة موصيه ليست تركته ؛ إذ لا يملك فيها إلا التصرف وقد انتهى بموته .

٢٥٤٥ – وما تقدم إنما هو بالنسبة للوصي المختار ، وأما وصي القاضي فلا يكون وصيه وصيًا في التركتين ، إلا إذا كانت الوصاية عامة .

الفصل الثاني
في تصرفات الوصي

(مادة ٤٤٩)

إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ خَالِيَةً عَنِ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ صِغَارٌ ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي كُلِّ الْمَنْقُولَاتِ بِبَيْعِهَا وَلَوْ بِيَسِيرِ الْغَبْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلأَيْتَامِ حَاجَةٌ لِثَمَنِهَا .

وَلَيسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ عَقَارَ الصَّغِيرِ إِلَّا بِمُسَوِّغٍ مِنَ الْمُسَوِّغَاتِ الشَّرْعِيَّةِ الآتِيَةِ ، وَهِيَ :

- أَنْ يَكُونَ فِي بَيْعِهِ خَيْرٌ لِلْيَتِيمِ بِأَنْ يَبِيعَهُ لِرَغْبَةٍ فِيهِ بِضِعْفِ قِيمَتِهِ.
- أَوْ يَكُونَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ لَا وَفَاءَ لَهُ إِلَّا مِنْ ثَمَنِهِ ، فَيُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ .
- أَوْ يَكُونَ فِي التَّرِكَةِ وَصِيَّةٌ مُرْسَلَةٌ وَلَا عرُوضَ فِيهَا وَلَا نُقُودَ لِنَفَاذِهَا مِنْهَا ، فَيُبَاعُ مِنَ الْعَقَارِ بِقَدْرِ مَا يُنْفِذُ الْوَصِيَّةَ .
- أَوْ يَكُونَ الْيَتِيمُ مُحْتَاجًا إِلَى ثَمَنِهِ لِلنَّفَقَةِ عَلَيْهِ ، فَيُبَاعُ وَلَوْ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ بِيَسِيرِ الْغُبْنِ .
- أَوْ تَكُونَ مُؤْنَتُهُ وَخَرَاجُهُ تَزِيدُ عَلَى غَلَّاتِهِ .
- أَوْ يَكُونَ الْعَقَارُ دَارًا ، أَوْ حَانُوتًا آيِلًا إِلَى الْخَرَابِ ، فَيُبَاعُ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَنْقَضَّ .
- أَوْ يَخَافَ عَلَيْهِ مِنْ تَسَلُّطِ جَائِرٍ ذِي شَوْكَةٍ عَلَيْهِ .

فَإِنْ بَاعَ الْوَصِيُّ عَقَارَ الصَّغِيرِ بِدُونِ مُسَوِّغٍ مِنْ هَذِهِ الْمُسَوِّغَاتِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةُ بَعْدَ بُلُوغِ الْيَتِيمِ .

وَالشَّجَرُ ، والنَّخيل ، وَالْبِنَاءُ دُونَ الْعَرْصَةِ مَعْدُودَةٌ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ لَا مِنَ الْعَقَارَاتِ ، فَلِلْوَصِيِّ بَيْعُهَا بِلَا مُسَوِّغٍ مِنَ الْمُسَوِّغَاتِ الْمَذْكُورَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٥/١٣٦) : « الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير ، أو اشترى مال الصغير لنفسه ، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر ؛ لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر ؛ جاز عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز ؛ لأن القياس يأبى جوازه أصلًا من الأب والوصي جميعًا ؛ لما ذكرنا من الاستحالة إلا أن الأب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعددًا ذاتًا ، ورأيًا وعبارة ، والوصي لا يساويه في الشفقة فبقي الأمر فيه على أصل القياس ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم فله قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنص ، قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقته ، قلنا : الوصي له شبهان : شبه بالأب ، وشبه بالوكيل ، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيًا ، =

....

= وشبهه بالأب لكونه مرضي الأب ، فالظاهر أنه ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملًا بشبه الأب وقطعنا ولايته عند عدمه عملًا بشبه الوكيل عملًا بالشبهين بقدر الإمكان » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢/٢١٢) : « (ويتصرف لهما) الولي (بالمصلحة) وجوبًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ وقوله ﴿ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ ، (ولو وجد بما اشتراه عيبًا وبه غبطة أمسكه) لما فيه من الغبطة (ويشتري) الولي (له) أي : لمحجوره جوازًا بل ندبًا ، كما قال القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهما (العقار) بل هو أولى من التجارة إذا حصل من ريعه الكفاية هذا (إن لم يخف جورًا) من سلطان ، أو غيره ، (أو خرابًا) للعقار (أو) لم يجد به (ثقل خراج ويبني لهما) عقارهما (بالآجر) أي : الطوب المحرق (والطين لا اللبن) أي : الطوب الذي لم يحرق بدل الآجر (والجص) أي : الجبس بدل الطين ؛ لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند الاحتياج إلى النقض بخلاف الآجر والجص كثير المؤنة ، ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلتصق بالطوب فيفسدها بخلاف الطين ، والسفيه كالصبي والمجنون في جميع ما تقرر (واختار كثير) من الأصحاب (البناء) أي جوازه (على عادة البلد) كيف كان ، (ولا يبيع عقاره) أي عقار محجوره ؛ إذ لا حظ له فيه (إلا لثقل خراج أو خوف خراب) والتصريح بخوف الخراب من زيادته وما قبله جعله الأصل من جملة الغبطة الآتية (وله بيعه لحاجة نفقة وكسوة) ونحوهما (إن لم يجد قرضًا ينتظر معه غلة) من العقار ونحوه تفي بالقرض ؛ فإن وجد قرضًا كذلك اقترض له وامتنع بيع العقار وشرطه المذكور أخص من قول أصله إذا لم يجد من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في القرض ، (أو لغبطة كزيادة الثمن) الذي أريد بيعه به على ثمن مثله (وهو يجد مثله ببعضه) أو خيرًا منه بكله ، وكالعقار فيما ذكر آنية القنية من صفر وغيره نقله ابن الرفعة عند البندنيجي ، قال : وما عداهما لا يباع أيضًا إلا لغبطة ، أو حاجة ؛ لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما ، قال الروياني : ولو ترك عمارة عقاره حتى خرب مع القدرة أثم ، وهل يضمن كما في ترك علف الدابة ، أو لا كما في ترك التلقيح ؟ ، وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة ؛ وأوجههما عدم الضمان فيهما ويفارق ترك العلف بأن فيه إتلاف روح بخلاف ما هنا ، قال القفال : ويضمن ورق الفرصاد إذا تركه حتى فات وكأنه قاسه على سائر الأطعمة (ولا يبيع) له (بعرض ونسيئة إلا لمصلحة) يراها فيهما لما مرَّ من قوله تعالى : ﴿ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ فمن مصالح العرض أن يكون فيه ربح ومن مصالح النسيئة أن تكون بزيادة ، أو لخوف عليه من نهب ، أو إغارة (ويشهد) وجوبًا (على النسيئة وزيادتها ويرتهن) كذلك بالثمن ، وقال ابن الرفعة : يرتهن إن رآه مصلحة كما في إقراض ماله ، قال الزركشي : وقد يفرق بينهما بأنه متمكن ثم من المطالبة متى شاء بخلافه هنا ، وقد يسرع من عليه الثمن في ضياع ماله ولا يتمكن من مطالبته فاحتيج إلى التوثق بالرهن أي : مطلقًا (رهنًا وافيًا) به للاحتياط (وإلا) أي : وإن لم يفعل ذلك (ضمن) .

قال السبكي : وبطل البيع على الأصح قال : وقال الإمام : الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري مليًا انتهى ، وكلام الأصل دال على ذلك (ولا يجزئ الكفيل) عن الارتهان (ولا يلزم الأب والجد الارتهان) من نفسهما (له والدين عليهما) كأن باعا ماله لنفسهما نسيئة ؛ لأنهما أمينان في حقه وتعبيره بما قاله أعم من قول الأصل ، وإذا باع مال ولده لنفسه نسيئة لا يحتاج إلى رهن من نفسه (ويسجل القاضي ببيعهما) مال =

....

= ولدهما أي : يحكم بصحته إذا رفعاه إليه ، (وإن لم يثبتا) أن بيعهما وقع (بالمصلحة) ؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما (وفي وجوب إثباتهما) أي : إقامتهما البينة (بالعدالة) ليسجل لهما (وجهان) أحدهما لا اكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح ، والثاني نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم .
قال ابن العماد : وينبغي أن يكون هو الأصح بخلاف ما مرَّ ؛ لأن ذاك في جواز ترك الحاكم لهما على الولاية وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما (بخلاف الوصي والأمين) ؛ فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة ، وبعدالتهما ، والتصريح بالحكم في عدالتهما من زيادته (ويقبل قوله بعد البلوغ عليهما أنهما باعا) ماله ولو غير عقار (بلا مصلحة) ، فتلزمهما البينة (لا على الأب والجد) ؛ فلا تلزمهما البينة بل البينة عليه ؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما بخلاف غيرهما ، وقضيته قبول قول الأم وإن علت إذا كانت وصية ، وكذا من في معناها كآبائها ، وما ذكر في الوصي والأمين ، قال الزركشي : محله في غير أموال التجارة أما فيها فالظاهر قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما (ودعواه على المشتري من الولي كدعواه على الولي) فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد ، لا إن اشترى منهما وسكت عن دعواه على القاضي .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٥/٣٠٠) : « وإنما يباع عقاره لحاجة ، أو غبطة ، أو كونه موظفًا ، أو حصة ، أو قلت غلته فيستبدل خلافه ، أو بين ذميين ، أو جيران سوء ، أو لإرادة شريكه بيعًا ، ولا مال له ، أو لخشية انتقال العمارة ، أو الخراب ، ولا مال له ، أو له والبيع أولى ، الضمير في عقارة يرجع لليتيم الذي لا وصي له وباع الحاكم ، أو له وصي وباع الوصي على أحد المشهورين المتقدم في قوله إلا الربع فببيان السبب ، والمعنى أن الحاكم ، أو الوصي لا يجوز لكل منهما أن يبيع عقار اليتيم إلا بأحد أمور : منها أن تكون حاجة دعت إلى البيع من نفقة أو دين هناك ، ولا قضاء له إلا من ثمنه ، ومنها أن يكون البيع غبطة بأن زاد في ثمنه زيادة لها قدر وبال حدها الغرناطي بالثلث ، وكلام ابن عرفة يفيد أن الغبطة هو الثمن الكثير الحلال الزائد على ثلث القيمة .
ومنها أن يكون موظفًا ، أي : عليه توظيف ، أي : حكر فيباع ويؤخذ له عقار لا توظيف عليه كل سنة ، أو كل شهر ، ومنها أن يكون حصة فيستبدل غيره كاملًا للسلامة من ضرر الشركة ، ومنها أن يكون المبيع غلته قليلة فيباع ليستبدل ما له غلة كثيرة ، والذي في توضيحه وقريب منه لابن عرفة ، أو لكونه لا يعود عليه منه شيء ، ومثله في وثائق الغرناطي ، ومنها كونه بين ذميين فيباع ليستبدل خلافه بين المسلمين ، ومنها كونه بين جيران سوء يحصل منهم ضرر في الدين ، أو في الدنيا ، ومنها كونه حصة وأراد الشريك بيع حصته ، ولا مال لليتيم يشتري به حصة شريكه ، ومنها خشية انتقال العمارة عنه فيصير منفردًا لا نفع به غالبًا ، ومنها خشية خرابه ، ولا مال لليتيم يعمر به ، أو له ما يعمر به ، ولكن البيع أولى من العمارة وترك المؤلف بيعه للخوف عليه من السلطان جائرًا وغيره ، وإن كان يفهم من بعض ما ذكره بالأولى ، واعلم أن قوله فيستبدل خلافه راجع لجميع ما قبله ما عدا مسألة الحاجة ، وذكر أن مسألة الغبطة كذلك وراجع لجميع ما بعده ما عدا مسألة ، أو لإرادة شريكه بيعًا ، وقوله : خلافه يشمل غير العقار ، ولكن كلام في شرحه يقتضي تخصيصه بالعقار » .
قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٥ ، ١٧٦) : « (وحرم تصرف ولي صغير) وولي ، (مجنون) ، وسفيه (إلا بما فيه حظ) للمحجور عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ =

٢٥٤٦ - اعلم أن الوصي مطالب أمام الله وأمام القاضي بالمحافظة على أموال الأيتام وتنميتها بقدر الإمكان ، لأنهم عاجزون عن معرفة ما فيه مصلحتهم فيلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام الله الذي يعلم سره ونجواه .

٢٥٤٧ - فلا يلبس على القاضي بشيء لا يرضاه الله ليتخلص من العقاب الدنيوي ؛ لأن الله لا تخفى عليه خافية ، فهو وإن نجا في الدنيا فالعقاب الأخروي أشد .

٢٥٤٨ - فيكون دائمًا على ذكر مما ورد في الآيات القرآنية : ﴿ وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَـٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ (١) . يعني : يا معاشر الأوصياء ، إن أخاكم الذي كان معكم في هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها إلى الدار الباقية وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعز شيء عنده فاسلكوا معهم السبيل الذي تودون أن يسلكه هو مع أولادكم لو فارقتم أنتم الدنيا وولي هو أمور أولادكم ، فاتقوا الله وراقبوه في جميع أعمالكم ولا تقولوا إلا الأقوال السديدة الحقة التي تنجيكم عندي ، فإن خالفتم ذلك عاقبتكم عقابًا شديدًا في الدنيا والآخرة ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ (٢) .

٢٥٤٩ - فقد بينت لكم الطريق المستقيم لتتبعوه فمن شاء فليتبع ومن شاء فليخالف فكل له جزاء أعددته له يوم أقول : ﴿ لِّمَنِ ٱلْمُلْكُ ٱلْيَوْمَ ۖ لِلَّهِ ٱلْوَٰحِدِ ٱلْقَهَّارِ ۝١٦ ٱلْيَوْمَ تُجْزَىٰ كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ ۚ لَا ظُلْمَ ٱلْيَوْمَ ۚ ﴾ (٣) .

٢٥٥٠ - ويلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام القاضي من الأمور الظاهرية التي تبنى عليها الأحكام ، فلا يرتكب أمرًا مخالفًا للشرع الشريف ؛ بل يجعل أعماله دائمًا دائرة على محور ما سنه الفقهاء من التصرفات التي ، وإن كانت كثيرة جدًا .

= أَحْسَنُ ﴾ والسفيه والمجنون في معناه وإذا تبرع الولي بصدقة أو هبة (أو حابى) بأن باع من مال موليه بأنقص من ثمنه أو اشترى له بأزيد (أو زاد) في الإنفاق (على نفقتهما) أي : الصغير والمجنون بالمعروف (أو) زاد في الإنفاق على (من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن) ما تبرع به ، وما حابى به والزائد في النفقة لتفريطه . وللولي تعجيل نفقة مولاه مدة جرت بها عادة أهل بلده إن لم يفسدها (وتدفع) النفقة (إن أفسدها يومًا بيوم فإن أفسدها) أي : النفقة مولى عليه بإتلاف ، أو دفع لغيره (أطعمه) الولي (معاينة) وإلا كان مفرطًا ؛ (وإن أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يمكن تحيل) على إبقائها عليه ، و (لو) كان التحيل (بتهديد) فإذا أراه الناس ألبسه فإن عاد نزعه عنه ، ويقيد المجنون إن خيف عليه » .

(١) النساء : ٩ .
(٢) النساء : ١٠ .
(٣) غافر : ١٦ ، ١٧ .

٢٥٥١ - ولكن من تأمل فيها بعين البصيرة وجدها كلها ترمي لغرض واحد ، وهو المحافظة على الأموال وتنميتها بقدر الاستطاعة كي يكون ناجيًا في الدارين .

٢٥٥٢ - فمن هذه التصرفات بيع أموالهم فلا بد من مراعاة صالح القصر عندما يريد الوصي بيع شيء من التركة ، وهو يختلف باختلاف الشيء المبيع والسبب الحامل على بيعه ومال الورثة وبيانه أن التركة ، إما أن تكون خالية من الدين والوصية ، أو مشغولة بهما أو بأحدهما وعلى كل ، فإما أن يكون كل الورثة صغارًا ، أو كلهم كبارًا أو بعضهم صغيرًا ، وبعضهم كبيرًا وإن كان فيهم كبير ، فإما أن يكون حاضرًا ، أو غائبًا ولكل من هذه الأحوال حكم يخصه ، وإليك البيان :

٢٥٥٣ - فإن كانت التركة خالية من الدين والوصية والورثة كلهم صغار فإما أن يكون الشيء المراد بيعه منقولًا أو عقارًا .

٢٥٥٤ - فإن كان الأول جاز للوصي أن يبيعه بمثل القيمة مراعيًا المصلحة في ذلك قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (١) .

٢٥٥٥ - سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أو لا ؛ لأن حفظ ثمنه أيسر وأبقى ؛ إذ المنقول يتسارع إليه الفساد غالبًا بخلاف النقود فيكون بيعه من باب النظر إلى الصغير بما فيه المصلحة فيجوز .

٢٥٥٦ - هذا إذا كان البيع بمثل القيمة فإن كان في البيع غبن بأن كان الثمن أنقص من القيمة ، فإن كان الغبن يسيرًا وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين صح البيع أيضًا ، وإن كان فاحشًا وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يصح ومثل البيع الشراء .

٢٥٥٧ - فإن اشترى شيئًا للأيتام فإن كان بمثل القيمة ، أو بغبن يسير بأن كانت هناك زيادة يسيرة في الثمن صح ، وإن كان بغبن فاحش فلا يصح الشراء بالنسبة لهم ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب التصرفات .

٢٥٥٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المبيع عقارًا ، فإما ألا يكون هناك مسوغ للبيع أو لا ، فإن لم يكن هناك مسوغ فلا يجوز بيعه أصلًا ؛ لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع ، وإن كان هناك مسوغ له جاز بيعه والمسوغ ينحصر في وجود منفعة للصغير ، أو اضطرار الوصي لبيعه لقضاء دين مثلًا ، والمسوغات هي الآتية :

---

(١) الأنعام : ١٥٢ .

٢٥٥٩ – **أولًا** : أن يكون في بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد في مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بيته إلى الشارع العمومي مثلًا ، أو يجعله طريقًا لأرضه ، أو ممر مياه لها ، أو فضاء أمام بيته ، فالبيع في هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصغير أو يمكن الوصي بعد بيعه العقار بضعف قيمته للراغب فيه أن يشتري للضمير عقارًا أنفع من المبيع .

٢٥٦٠ – **ثانيًا** : أن يكون على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمنه فيبيع الوصي في هذه الحالة من العقار بقدر ما يفي ثمنه بالدين المطلوب ، فإن كان في التركة منقول يفي ثمنه بالدين فلا يجوز للوصي بيع العقار .

٢٥٦١ – **ثالثًا** : إذا كان في التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيبيع الوصي في هذه الحالة من العقار بقدر ما ينفذ الوصية ، والوصية المرسلة هي المطلقة ، وهي التي لم تقيد بجزء من المال كالربع أو الثلث مثلًا ، بأن يقول شخص : أوصيت لفلان بألف جنيه من مالي فإن الوصية – والحالة هذه – مطلقة ؛ لأنها لم تقيد بجزء من المال .

٢٥٦٢ – ففي هذه الحالة إن كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المال ولم يكن في التركة نقود يدفع الوصي منها الموصى به ، ولم تكن هناك عروض تباع ويدفع المبلغ من ثمنها جاز للوصي أن يبيع من العقار ما يساوي ثمنه المبلغ الموصى به ويدفع الثمن إلى الموصى له ؛ لأن الوصي مضطر إلى البيع – والحالة هذه – بخلاف ما إذا كانت الوصية مقيدة بجزء من المال فليست له ولاية بيع العقار ؛ لأن الموصى له في هذه الحالة شريك الورثة والوصي هو المتصرف فيقاسمه في أعيان التركة ويعطيه ما يستحقه منها ، سواء كان أقل من الثلث ، أو الثلث .

٢٥٦٣ – وهذا المسوغ والذي قبله وإن كانا خارجين من أصل الموضوع ؛ إذ هو خلو التركة عن الدين والوصية ، إلا أنه قصد الإتيان بالمسوغات في حد ذاتها .

٢٥٦٤ – **رابعًا** : أن يكون اليتيم محتاجًا إلى النفقة وليس في التركة نقود يشتري له منها ما ينفقه عليه ، وليس فيها عروض أيضًا حتى تباع ويشتري له بثمنها ما هو محتاج إليه للنفقة ففي هذه الحالة يبيع الوصي من العقار بقدر ما ينفق على الصغير من ثمنه ويتجدد البيع بتجدد الاحتياج ، لأن الوصي مضطر إلى البيع للإنفاق الذي فيه حياة الصغير .

٢٥٦٥ – **خامسًا** : أن تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصي يباشر

زراعة أرض للصغير ويصرّف عليها ما تحتاج إليه الزراعة وبعد حصد الزرع لا يفي ثمن محصوله بالمصاريف التي صرفت عليه والخراج الذي يؤخذ على الأرض ، أو كان لا يباشر زراعتها ولكنه يؤجرها وأجرتها لا تفي بخراجها وما يطلب من الضرائب الأخرى ، وليس هناك من يسمع شكواه في معاينة الأرض وتقدير الخراج المناسب لها ، فله حينئذٍ ولاية البيع لمنفعة الصغير ؛ إذ في إبقاء العقار بهذه الحالة ضرر .

٢٥٦٦ - **سادسًا** : أن يكون العقار دارًا أو حانوتًا آيلًا إلى الخراب فإن المصلحة في هذه الحالة تكون في بيعه خوفًا من أن ينقضّ ، ولكن يظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن عند الوصي نقود للصغير تمكنه من ترميم الدار أو الحانوت واستغلالهما ؛ فإن أمكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم : إن ولايته نظرية والنظر في إبقاء العقار بهذه الكيفية لا في بيعه ؛ لأنه من أنفس الأموال .

٢٥٦٧ - **سابعًا** : أن يخاف الوصي على العقار من متسلط جائر ذي شوكة عليه ونزعه من تحت يده ، ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأي طريقة كانت ، والظاهر أن مجرد الخوف بل ولا التحقق من أخذه لا يكون مسوغًا للبيع .

٢٥٦٨ - ولا يشترط في غير المسوغ الأول أن يكون الثمن أزيد من القيمة ، فيصح بمثل القيمة بل وبالغبن اليسير .

٢٥٦٩ - فقد ظهر أن بيع الوصي عقار الصغير بمسوغ جائز فإن باعه بدون مسوغ فالبيع باطل أصلًا فإذا بلغ الصغير وأجازه فلا تصح هذه الإجازة بل يرد البيع ؛ لأن الإجازة لا تلحق الباطل ؛ وإنما تلحق العقد الموقوف .

٢٥٧٠ - وحيث إن العقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر والمنقول بخلافه فحينئذٍ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الأرض القائم عليها من المنقولات ، فيجوز للوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة .

٢٥٧١ - والذي يظهر أن هذا ليس على إطلاقه ؛ إذ كيف يسوغ للوصي إذا كان للصغير بيت يستغله وبناؤه متين أن يبيع البناء ويترك الأرض بدونه أو يبنيها من مال الصغير بعد هدم المشتري البناء وأخذه أنقاضه ، أو كيف يسوغ له إذا كانت له أشجار مثمرة ذات إيراد بيعها ؛ إذ المقبول .

٢٥٧٢ - والمعقول أن البيع في مثل هذه الأحوال لا يجوز ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر في مثلها فلا بد من مراعاة الظروف والأحوال .

٢٥٧٣ - وهذا إذا كان البيع والشراء لغير الوصي وكان ذلك الغير أجنبيًّا منه ومن الوصي ؛ فإن كان لنفسه أو لغير أجنبي منه فسيأتي حكمه إن شاء اللّه تعالى في شرح مادة (٤٥٦) وما بعدها .

(مادة ٤٥٠)

إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ بِالدَّيْنِ أَوِ الْوَصِيَّةِ ، وَكَانَ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ كِبَارًا حُضُورًا ، فَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ التَّرِكَةِ بِلَا أَمْرِهِمْ ، وَإِنَّمَا لَهُ اقْتِضَاءُ دُيُونِ الْمَيِّتِ وَقَبْضُ حُقُوقِهِ وَدَفْعُهَا لِلْوَرَثَةِ .

فَإِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ كِبَارًا غُيَّبًا ، فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ الْعُرُوضَ وَيَحْفَظَ ثَمَنَهَا دُونَ الْعَقَارِ .

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانُوا كُلُّهُمْ كِبَارًا ، وَبَعْضُهُمْ حَاضِرٌ وَالْبَعْضُ الآخَرُ غَائِبٌ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا بَيْعُ نَصِيبِ الْغَائِبِ مِنَ الْعُرُوضِ ، وَأَمَّا الْعَقَارُ فَلَا يُبَاعُ إِلَّا لِدَيْنٍ [1] .

* * *

٢٥٧٤ - وإن كانت التركة غير مشغولة بالدين أو بالوصية أيضًا بأن كانت خالية منهما والورثة كلهم كبار ، فأما أن يكون الكل حضورًا ، أو الكل غيبًا ، أو بعضهم حاضرًا ، وبعضهم غائبًا .

٢٥٧٥ - فإن كانوا كلهم حاضرين فليس للوصي ولاية بيع شيء من التركة إلا بأمرهم ورضاهم ؛ لأنهم - والحالة هذه - تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم .

٢٥٧٦ - فإن أذنوه في تصرف من التصرفات جاز وإلا فلا ، وإنما له طلب ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة ؛ لأن هذا من باب إعانتهم على إيصال الحقوق إليهم . والظاهر أن هذا لا يكون إلا برضاهم أيضًا فلو نهوه عن ذلك ، فليس له قبض حقوقهم .

٢٥٧٧ - وإن كانوا كلهم غائبين فللوصي أن يبيع العروض ويحفظ ثمنها ، وأما العقار فليست له ولاية بيعه ؛ لأن الوصي قائم مقام الأب ، والأب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت إليه ولاية الأب وهو الوصي ؛ لأنه مأمور بحفظ التركة وبيع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه مما يخشى عليه التلف .

٢٥٧٨ - وقد يكون حفظ الثمن أيسر وأبقى بخلاف العقار ؛ فإنه محصن بنفسه

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة الآتية .

محفوظ لا يخشى عليه التلف فمن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار .

٢٥٧٩ - ولذا قالوا : لو تحقق الوصي من هلاك عقار الغائب ، جاز له بيعه ؛ لأنه من باب الحفظ ، وهذا هو الظاهر من كلامهم ، وإن كانت الآراء متشعبة في هذا الموضوع .

٢٥٨٠ - وإن كان بعضهم حاضرًا وبعضهم غائبًا ، فما عليك إلا مراعاة الأحكام التي تقدمت ، فأجر حكمَ ما إذا كان الكل حضورًا على البعض الحاضر ، وحكمَ ما إذا كان الكل غُيّبًا على البعض الغائب .

(مادة ٤٥١)

إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ وَلَا وَصِيَّةٌ ، وَكَانَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ صِغَارًا وَالْبَعْضُ كِبَارًا ، فَلِلْوَصِيِّ وِلَايَةُ بَيْعِ الْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ عَلَى الصِّغَارِ بِأَحَدِ الْمُسَوِّغَاتِ دُونَ الْكِبَارِ ، إِلَّا إِذَا كَانُوا غُيَّبًا ، فَلَهُ بَيْعُ حِصَّتِهِمْ مِنَ الْعُرُوضِ دُونَ الْعَقَارِ (١) .

* * *

٢٥٨١ - وإن كانت التركة خالية عن الدين والوصية ، ولكن كان بعض الورثة

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/١٤٤) : « وصي الأب إذا باع شيئًا من تركة الأب فهو على وجهين : أحدهما : أن لا يكون على الميت دين ولا أوصى بوصية ، والثاني : أن يكون على الميت دين أو أوصى بوصية ؛ ففي الوجه الأول قال في الكتاب : للوصي أن يبيع كل شيء من التركة من المتاع والعروض والعقار إذا كانت الورثة صغارًا ، أما بيع ما سوى العقار فلأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ ، وعسى يكون حفظ الثمن أيسر ويبيع العقار أيضًا في جواب الكتاب .

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ما قال في الكتاب قول السلف ، كذا في فتاوى قاضي خان ، وجواب المتأخرين أنه إنما يجوز بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى ، كذا في الكافي ، أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار أو يكون بيع العقار خيرًا لليتيم بأن كان خراجها ومؤنها يربو على غلاتها ، أو كان العقار حانوتًا ، أو دارًا يريد أن ينقض ويتداعى إلى الخراب ، فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها ، فإن كان في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار فإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار حينئذٍ يبيع العقار بمثل القيمة أو بغبن يسير ، ولا يجوز بيع الوصي بغبن فاحش لا يتغابن الناس في مثله ، وكذا لو اشترى الوصي شيئًا لليتيم لا يجوز شراؤه بغبن فاحش هذا إذا كانت الورثة كلهم صغارًا وإن كان الكل كبارًا وهم حضور لا يجوز بيع الوصي شيئًا من التركة إلا بأمرهم فإن كان الكبار غيبًا لا يجوز بيع الوصي العقار ويجوز بيع ما سوى العقار ويجوز إجارة الكل ؛ لأن الوصي يملك حفظ مال الغائب وبيع العروض يكون من الحفظ ، أما العقار فمحفوظ بنفسه إلا أن يكون العقار يهلك لو لم يبع فحينئذٍ يصير العقار بمنزلة العروض ، وإن كانت الورثة كبارًا كلهم بعضهم غائب ، والباقي حضور فإن الوصي يملك بيع نصيب الغائب مما سوى العقار لأجل الحفظ عند الكل فإذا جاز بيعه في =

صغارًا ، وبعضهم كبارًا ، فاتبع الأحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين ، وأجر حكم ما إذا كانت كل الورثة صغارًا على البعض الصغير ، وحكم ما إذا كانت كل الورثة كبارًا على البعض الكبير ، سواء كان حاضرًا ، أو غائبًا ، أو البعض حاضرًا والبعض غائبًا ؛ فإن الأحكام لا تختلف .

(مادة ٤٥٢)

إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ مَشْغُولَةً بِالدَّيْنِ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ ، وَلَا نُقُودَ فِيهَا ، وَلَمْ تُنَفِّذِ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ وَلَمْ يَقْضُوا الدَّيْنَ مِنْ مَالِهِمْ ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ إِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ مُسْتَغْرَقَةً بِالدَّيْنِ أَنْ يَبِيعَهَا كُلَّهَا مِنْ مَنْقُولٍ وَعَقَارٍ .

وَإِنْ لَمْ تَكُنِ التَّرِكَةُ مُسْتَغْرَقَةً بِالدَّيْنِ ، وَلَا نُقُودَ فِيهَا لِقَضَائِهِ أَوْ لِتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ ، فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا فِي الدَّيْنِ بِقَدْرِ أَدَائِهِ كُلِّهِ ، وَفِي الْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ النَّافِذِ مِنْهَا ، سَوَاءٌ شَاءَتِ الْوَرَثَةُ أَوْ أَبَوْا .

يَنْبَغِي لِلْوَصِيِّ أَنْ يَبْتَدِئَ بِبَيْعِ الْمَنْقُولِ ، وَيُؤَدِّي الدَّيْنَ وَيُنَفِّذَ الْوَصِيَّةَ مِنْ ثَمَنِهِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ ثَمَنُهُ بِذَلِكَ ، يَبِيعُ مِنَ الْعَقَارِ بِقَدْرِ الْبَاقِي ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ أَوِ الْوَصِيَّةِ [1] .

* * *

٢٥٨٢ - وإذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية والورثة كلهم صغار ، فإن

= نصيب الغائب عند الكل جاز بيعه في نصيب الحاضر أيضًا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند صاحبيه لا يجوز بيعه في نصيب الحاضر هذا إذا لم يكن في التركة دين ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/١٤٤ ، ١٤٥) : « وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية إن كان الدين مستغرقًا فله أن يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته وإن لم يكن الدين مستغرقًا يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين ؟ ، فعلى الاختلاف الذي مرَّ قبل هذا وكل جواب عرفته وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم ، وإن كانت الورثة كبارًا كلهم ، فإن كانوا حضورًا ، أو كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم لا يبيع شيئًا من تركتها ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب فيما فيه اتفاق وفيما فيه اختلاف ، وإن كانت الورثة صغارًا وكبارًا والكبار غيب فإن كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعًا ولا يبيع العقار من تركتها ، حصة الكبار والصغار في ذلك على السواء ، فإن كانت التركة مشغولة بالدين فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب ، وإن كان الكبار حضورًا والتركة خالية عن الدين فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها ، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول ؟! فالمسألة على الخلاف فلا يبيع العقار أصلًا ، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية أو بالدين إن كانت مستغرقة فإنه يبيع العقار والمنقول جميعًا ، وإن كانت غير مستغرقة يبيع المنقول جميعًا ويبيع العقار بقدر الدين إجماعًا وفيما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ - رحمهم الله تعالى - كذا في المحيط الأصل أن ولاية الوصي ، تتقدر بقدر ولاية الموصي ، وأن ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف » .

كان الدين مستغرقًا لجميع التركة ثبتت له ولاية بيعها كلها من منقول وعقار ولو بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقًا ؛ لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأمورًا به من جهة الموصي ؛ ولأن وجود الدين من مسوغات بيع العقار .

٢٥٨٣ - وإن كان الدين غير مستغرق للتركة ثبتت له ولاية بيع المنقول ، ولو زاد ثمنه عن الدين .

٢٥٨٤ - وأما العقار فلا يبيع منه إلا المقدار المشغول بالدين عند الصاحبين ؛ لأن جواز البيع هنا للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز .

٢٥٨٥ - وقال أبو حنيفة : له أن يبيع كل العقار في هذه الحالة أيضًا ؛ لأن الولاية هنا بسبب الوصاية ، وهي لا تتجزأ فمن ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت له في الباقي ، والمعول عليه مذهب الصاحبين .

٢٥٨٦ - ومثل الدين الوصية فله أن يبيع من العقار بقدر النافذ منها إن لم تكن هناك نقود ولا منقول تنفذ الوصية من ثمنه .

٢٥٨٧ - وهذا إذا كانت الوصية مرسلة فإن كانت مقيدة بشيء كثلث أرض كذا أو البيت الفلاني وكان يخرج من ثلث التركة سلّم الوصي الموصى له الموصى به بلا حاجة إلى البيع لأجل الوصية .

٢٥٨٨ - وإن كان بعض الورثة صغيرًا وبعضهم كبيرًا ، ولكنه غائب أو كان الكل كبارًا وهم غائبون كان الحكم كما تقدم بالنسبة لبيع المنقول والعقار .

٢٥٨٩ - وإن كان كل الورثة كبارًا ؛ ولكنهم حضور رشد كانت ولاية تسديد الدين وتنفيذ الوصية لهم لا للوصي ، فإن امتثلوا وقاموا بهذا الواجب فبها ، سواء كان ذلك من التركة أو من مالهم ، وإن امتنعوا ثبتت هذه الولاية للوصي فله أن يبيع الكل أو البعض على حسب الحاجة .

٢٥٩٠ - وإن كان الكل كبارًا ، ولكن بعضهم حاضر والبعض غائب كان الحكم بالنسبة لكل منهم ما تقدم وفي كل موضع تثبت فيه ولاية البيع للوصي لا يبيع من العقار شيئًا إلا إذا كانت النقود الموجودة أو ثمن المنقول لا يفي بالمطلوب ؛ لأن المصلحة في ذلك ومع هذا فلا يبيع كل العقار بل بقدر ما شغل بالدين أو بالوصية .

(مادة ٤٥٣)

لَيْسَ لِلْجَدِّ الصَّحِيحِ وَلَا لِوَصِيِّهِ بَيْعُ الْعَقَارِ وَلَا الْعُرُوضِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنِ الْمَيِّتِ وَلَا لِتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا لَهُ بَيْعُهَا لِقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنِ الأَيْتَامِ . وَيَرْفَعُ الْغُرَمَاءُ أَمْرَهُمْ إِلَى الْقَاضِي ، لِيَبِيعَ لَهُمْ مِنَ التَّرِكَةِ بِقَدْرِ دُيُونِهِمْ ، وَكَذَا الْمُوصَى لَهُمْ [1] .

* * *

٢٥٩١ – وعندما تثبت الولاية للجد الصحيح على أولاد ابنه فلا يملك ما يملكه وصي الأب ؛ لأن وصي الأب يملك بيع المنقول مطلقًا أي : سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أو لا ، وسواء كان هناك دين أو لا ، ويملك بيع العقار لقضاء الدين عن الميت أو عن الأيتام .

٢٥٩٢ – وأما الجد فليس له أن يبيع المنقول أو العقار لقضاء الدين عن الميت ، وإنما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدين عن الأيتام ومثل الجد وصيه .

٢٥٩٣ – ولكن يقال : إذا كان شخص دائنًا للميت ، أو كان الميت أوصى لشخص بشيء من أمواله وكان الجد هو المتولي أمور التركة فما يصنع الدائن والموصى له ؟

٢٥٩٤ – نقول : يرفع كل منهم الأمر إلى القاضي ليبيع لهم أو يأمر من يبيع من التركة بقدر قضاء الديون وتنفيذ الوصية ، وهذا قول الإمام الأعظم ، وقال محمد : الجد قائم مقام الأب فيما يملكه من التصرفات .

٢٥٩٥ – فقد جعل أبو حنيفة الجد الصحيح أنزل من وصي الأب بالنسبة للتصرفات وجعله محمد أرقى منه ؛ لأن الأب يملك ما لا يملك وصيه ، ولم أر توجيه كل من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب ، وكلما أردت توجيه قول الإمام بشيء وجدته معترضًا .

٢٥٩٦ – ولكن قول محمد يمكن توجيهه ؛ لأن كلًّا من وصي الأب والجد

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/١٤٥ ، ١٤٦) : « وإذا مات الرجل وترك أولادًا صغارًا وأبًا ولم يوص إلى أحد كان الأب بمنزلة الوصي في حفظ التركة والتصرف فيها أي : تصرف كان ، فإن كان على الميت دين كثير فإن الأب وهو جد الصغار لا يملك بيع التركة لقضاء الدين ، وكذا الرجل إذا أذن لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع والشراء فتصرف الابن تصرفًا وركبته الديون ، ثم مات هذا الابن وترك أبًا فإن الأب لا يملك التصرف في تركته لقضاء الدين » .

وجاء في الدر المختار (٦/٧١٥) : « ليس للجد بيع العقار والعروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا بخلاف الوصي فإن له ذلك انتهى » .

يشتركان في ثبوت الولاية على أموال الأيتام والجد عنده من الشفقة على أولاد ابنه ما ليس موجودًا عند الوصي فيكون أرقى منه في التصرفات .

٢٥٩٧ – نعم ، إن وصي الأب وإن كان مقدمًا على الجد ، ولكن ليس الكلام في التصرف عند اجتماعهما ؛ لأن الجد لا يتصرف أصلًا في هذه الحالة بل الكلام عند ثبوت الولاية للجد ، فانظر لعلك تأتي بتوجيه لا يعترض عليه .

٢٥٩٨ – وبعضهم يقول : يفتى بقول الإمام ؛ ولكن الظاهر مذهب محمد .

(مادة ٤٥٤)

لَيسَ لِوَصِيِّ الأُمِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ مِمَّا وَرِثَهُ الصَّغِيرُ مِنْ تَرِكَةِ غَيْرِ تَرِكَةِ أُمِّهِ ، سواء كانَ عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا بِالدَّيْنِ أَوْ خَالِيًا عَنْهُ ، كَمَا لَا يَتَصَرَّفُ فِيمَا وَرِثَهُ الصَّغِيرُ مِنْ أُمِّهِ إِذَا كَانَ لَهُ أَبٌ أَوْ جَدٌّ حَاضِرٌ أَوْ وَصِيٌّ مِنْ قِبَلِهِمَا .

فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ أَبٌ وَلَا جَدٌّ وَلَا وَصِيٌّ مِنْ جِهَتِهِمَا ، جَازَ تَصَرُّفُ وَصِيِّ الأُمِّ فِي تَرِكَتِهَا ، بِبَيْعِ الْمَنْقُولِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَشِرَاء مَا لَا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ خَاصَّةً .

وَلَيسَ لَهُ بَيْعُ الْعَقَارِ ، مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا دُيُونٌ أَوْ أَوْصَتْ بِوَصِيَّةٍ ، فَإِنَّ وَصِيَّهَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَقَارِ الْمَشْغُولِ بِالدَّيْنِ أَوِ الْوَصِيَّةِ لِأَدَاءِ الدَّيْنِ وَتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ .

وَمِثْلُ وَصِيِّ الأُمِّ مَنْ يَعُولُ الصَّغِيرَ وَيَكْفُلُهُ ، فَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ عَقَارِهِ وَلَوْ مَعَ وُجُودِ أَحَدِ الْمُسَوِّغَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ، وَإِنَّمَا لَهُ : بَيْعُ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِحَاجَتِهِ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ ، وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ [1] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٣/٦) : « وصي الأم يقاسم لولدها الصغير منقولاته التي ورثها من الأم إذا لم يكن للصغير أب ولا وصي الأب ، أما إذا كان أحدهما لا يقاسم هو ولا يملك قسمة عقاراته على كل حال ولا يملك قسمة ما ورثه الصغير من غير الأم – العقار والمنقول في ذلك على السواء وما عرفت من الجواب في وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم » .

وجاء فيه أيضا (١٤٤/٦ ، ١٤٥) : « ووصي الأب يكون بمنزلة الأب وكذلك وصي الجد يكون بمنزلة وصي الأب ، ووصي وصي الجد بمنزلة وصي الجد ووصي وصي القاضي يكون بمنزلة وصي القاضي إذا كان عامًا ، وأما وصي الأم ووصي الأخ إذا ماتت الأم ، وتركت ابنًا صغيرًا وأوصت إلى رجل ، أو مات الرجل وترك أخًا صغيرًا وأوصى إلى رجل يجوز بيع هذا الوصي فيما سوى العقار من تركة هذا الميت ، ولا يملك بيع العقار ، ولا يجوز لهذا الوصي أن يشتري شيئًا للصغير إلا الطعام والكسوة ؛ لأن ذلك من جملة حفظ الصغير ، كذا في فتاوى قاضي خان وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من الأب العقار والمنقول والمشغول بالدين والخالي عن الدين على السواء ، وما كان موروثًا للصغير من جهة الأم إن كان خاليًا عن الدين والوصية يبيع =

٢٥٩٩ - والوصي الذي له ولاية بيع أموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصي الأب ، وأما وصي الأم فله أحكام تخصه ، وبيانها :

٢٦٠٠ - أن الأموال المملوكة للصغير ، إما أن تكون موروثة له عن أمه أو لا ، وعلى كل فأما أن يكون للصغير أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما أو لا .

٢٦٠١ - وإليك أحكام كلٍّ :

٢٦٠٢ - فإذا ماتت الأم وأقامت وصيًا على أولادها فليس له أن يتصرف في أموالهم التي ليست موروثة لهم عن أمهم مطلقًا ، أي : سواء كان لهم أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما أو لا ، بل إن كان أحدهم موجودًا فهو الذي يتصرف وإن لم يكن موجودًا فالولاية للقاضي فإن شاء باشر التصرفات بنفسه وإن شاء أقام وصيًا .

٢٦٠٣ - وأما الأموال الموروثة لهم من قبل أمهم فإن كان واحد من المذكورين موجودًا ، فليس لوصي الأم أن يتصرف أيضًا ، وإن لم يكن موجودًا ثبتت له ولاية بيع المنقول ؛ لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ ؛ لأن الغالب عليه الهلاك وحفظ ثمنه أيسر وأبقى فيملك بيعه .

٢٦٠٤ - وأما العقار فليست له ولاية بيعه إلا إذا كان على الأم دين أو أوصت بوصية ولا نقود في التركة لسداد الدين وتنفيذ الوصية وليس فيها منقول أيضًا ليباع ويسدد الدين وتنفذ الوصية من ثمنه ، فله في هذه الحالة أن يبيع من العقار بقدر ما يسدد الدين وينفذ الوصية ومثل البيع الشراء ، ولكن لا يشتري لهم إلا الأشياء

= المنقول ولا يبيع العقار ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية إن كان الدين مستغرقًا فله أن يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته ، وإن لم يكن الدين مستغرقًا يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين ؟! فعلى الاختلاف الذي مرَّ قبل هذا وكل جواب عرفته وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم .
وإن كانت الورثة كبارًا كلهم فإن كانوا حضورًا أو كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم لا يبيع شيئًا من تركتها ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب فيما فيه اتفاق وفيما فيه اختلاف ، وإن كانت الورثة صغارًا وكبارًا ، والكبار غيب ؛ فإن كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعًا ولا يبيع العقار من تركتها ، حصة الكبار والصغار في ذلك على السواء ، فإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب ، وإن كان الكبار حضورًا والتركة خالية عن الدين ، فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها ، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول ؟ ، فالمسألة على الخلاف فلا يبيع العقار أصلًا ، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية أو بالدين إن كانت مستغرقة ؛ فإنه يبيع العقار والمنقول جميعًا ، وإن كانت غير مستغرقة يبيع المنقول جميعًا ويبيع العقار بقدر الدين إجماعًا وفيما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ - رحمهم الله تعالى ، كذا في المحيط الأصل أن ولاية الوصي تتقدر بقدر ولاية الموصي وأن ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف » .

الضرورية التي لا يمكنهم الاستغناء عنها .

٢٦٠٥ - ومثل وصي الأم في جميع ما ذكر وصي الأخ والعم وغيرهما من الأقارب غير الأب والجد ، والفرق بين وصي الأب ، ووصي الأم أن الأب له الولاية على أموال أولاده فكذا من قام مقامه وهو وصيه ، ووصى الأم قائم مقامها ، وهي حال حياتها لا تملك بيع ما يملكه الصغير ، سواء كان عقارًا أو منقولًا ، وسواء كان خاليًا عن الدين والوصية أو مشغولًا بهما أو بأحدهما فكذلك وصيها .

٢٦٠٦ - وهذا ظاهر بالنسبة للأموال التي ملكها الصغير من غير أمه وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول إذا لم يكن هناك أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما ؛ لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ فيملكه .

٢٦٠٧ - وأما العقار فهو محفوظ بنفسه فلا تثبت له ولاية بيعه إذا لم يكن على التركة دين أو فيها وصية .

٢٦٠٨ - أما إذا كان دين ولم يوجد من يسدده فإن كان مستغرقًا فله ولاية بيع الكل .

٢٦٠٩ - وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين وبقدر النافذ من الوصية ويدخل بيع العقار تحت ولايته في هذه الحالة ؛ لأنه طريق قضاء الدين وتنفيذ الوصية وكلًّا منهما داخل تحت ولايته .

٢٦١٠ - وهذا السبب بعينه هو السبب بالنسبة لوصي الأخ والعم ؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال ، فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه فيه .

٢٦١١ - وأما من يعول الصغير ويكفله بأن مات شخص له أولاد ولم يقم وصيًا ولم يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم وصيًا فتولى أمورهم شخص بلا ولاية شرعية فهذا الشخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية لبيعه ، وكذلك بيع المنقول فليس له أن يبيع منه إلا ما هو محتاج لثمنه ليشتري به الأشياء الضرورية لهم .

(مادة ٤٥٥)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَّجِرَ بِمَالِ الْيَتِيمِ لِلْيَتِيمِ ، تَنْمِيَةً لَهُ وَتَكْثِيرًا، وَأَنْ يَعْمَلَ كُلَّ مَا فِيهِ خَيْرٌ لَهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَّجِرَ لِنَفْسِهِ بِمَالِ الْيَتِيمِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٧/٦) : « وللوصي أن يتجر بمال اليتيم في المبسوط ، =

٢٦١٢ - وبما أن تصرفات الوصي في مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله أن يتجر بمال اليتيم لليتيم ، لأن هذا أصلح له ، إذ لا فائدة في إبقاء الأموال بدون استثمار فله استثمارها بالتجارة بأن يتجر فيها بنفسه أو يعطيها لغيره مضاربة أو بضاعة أو يشارك غيره ويدفع رأس مال الشركة من أموال اليتيم ؛ لأن هذه التصرفات وما يماثلها فيها خير للصغير والوصي له أن يفعل كل ما فيه خير بالنسبة له .

٢٦١٣ - ولكن ليس له أن يتجر في أموال اليتيم لنفسه ، والمعول عليه في هذا الزمان أن الوصي ليس له أن يأخذ أموال الصغير مضاربة ؛ فإن فعل وربح ضمن المال الذي أخذه فقط ولا يطيب له الربح فيتصدق به عند أبي حنيفة ومحمد .

٢٦١٤ - وقال أبو يوسف : يطيب له الربح ولا يتصدق بشيء ، وهو ظاهر .

= ولا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت ؛ فإن فعل وربح يضمن رأس المال ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٤٧/٤) : « في الوصي هل يجوز له أن يعمل بمال يتيمه مضاربة وفي الرهن في المضاربة قلت : فهل يجوز للوصي أن يعمل بمال اليتيم مضاربة هو نفسه في قول مالك ؟! ، قال : لا أحفظ قول مالك فيه ، ولا يعجبني ذلك إلا أن يتجر لليتيم فيه ، أو يقارض له من غيره فيتجر له ، قلت : أفيعطي مال اليتيم مضاربة ؟! ، قال : نعم . قلت : أيجوز للرجل أن يعطي مالاً مضاربةً ويأخذ به رهنًا في قول مالك ، قال : لا خير في هذا عند مالك ، قلت : أرأيت إن ضاع هذا الرهن ؟! ، قال : أراه ضامنًا ؛ لأنه لم يأخذه على وجه الأمانة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٤ ، ١٦٥) : « ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم ، فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه ، وجملته أن لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به ، ويجعل له نصيبًا من الربح ، أيًا كان ، أو وصيًا ، أو حاكمًا ، أو أمين حاكم ، وهو أولى من تركه ، وممن رأى ذلك ابن عمر ، والنخعي ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي يروى إباحة التجارة به عن عمر ، وعائشة ، والضحاك ، ولا نعلم أحدًا كرهه إلا ما روي عن الحسن ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ، ولأن خزنه أحفظ له ، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص النبي ﷺ قال : « من ولي يتيمًا له مال فليتجر ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ؛ ولأن ذلك أحظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها إن هلك غرمته فمتى اتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه ؛ لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ما قلنا ؛ لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه ، أي اتفقا عليه في قولهم جميعًا ؛ لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله » .

(مادة ٤٥٦)

يَصِحُ بَيْعُ الْوَصِيِّ مَالَ الْيَتِيم غَيْرَ الْعَقَارِ لأَجْنَبِيٍّ مِنْهُ وَمِنَ الْمَيِّتِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ وَبِيَسِيرِ الْغُبْنِ لَا بِفَاحِشِهِ ، وَكَذَا شِرَاؤُهُ مَالَ الأَجْنَبِيِّ مِنْهُمَا عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا لِلْيَتِيم بِمَا ذُكِرَ لَا بِفَاحِشِهِ .

وَلَا يَصِحُ بَيْعُ وَصِيِّ الأَبِ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، وَلَا لِوَارِثِ الْمَيِّتِ إِلَّا بِالْخَيْرِيَّةِ الآتِي بَيَانُهَا فِي الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ .

فَلَوْ كَانَ وَصِيَّ الْقَاضِي ، لَمْ يَجُزْ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لِنَفْسِهِ .

* * *

٢٦١٥ - وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يخلو الحال من أحد أمرين : الأول : أن يبيعه لغيره ، والثاني : أن يبيعه لنفسه ، وعلى كل فأما أن يكون المبيع عقارًا أو منقولًا ، فإن كان لغيره ، فإما أن يكون ذلك الغير أجنبيًّا من الوصي والموصي ، أو ليس أجنبيًّا منهما .

٢٦١٦ - والمراد بكونه أجنبيًّا من الموصي أن يكون غير وارث له ، وبكونه أجنبيًّا من الوصي ألا تقبل شهادته له .

٢٦١٧ - وعلى كل من هذه الأحوال ، فإما أن يكون الوصي وصيًّا مختارًا ، أو وصي القاضي ، وكل من الوصيين له أحكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الأحوال ، وبيانه :

٢٦١٨ - أنه إن باع الوصي المختار لغيره وكان ذلك الغير أجنبيًّا منه ومن الموصي وكان المبيع منقولًا جاز البيع اتفاقًا ، سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير ؛ لأنه لا يستغنى عنه في المعاملات ففي اعتباره سد لباب التصرفات وإن كان الغبن فاحشًا فلا يصح البيع ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش .

٢٦١٩ - وإن كان المبيع عقارًا فلا يصح البيع إلا إذا كان هناك مسوغ من المسوغات الشرعية المذكورة في مادة (٤٥٠) .

٢٦٢٠ - وإن باع لغير أجنبي منه ومن الموصي بأن باع لأبيه ، أو ابنه مثلًا ، أو لوارث الموصي ، قال الإمام الأعظم : لا يصح هذا البيع إلا بالخيرية فلو كان بمثل القيمة لم يصح .

٢٦٢١ - وقال الصاحبان : يصح البيع إذا كان بمثل القيمة ؛ لأن الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهي تنتفي بما ذكر فالغبن اليسير لا يغتفر هنا بالإجماع وهذا بالنسبة للمنقول ، وأما العقار فلابد من مسوغ شرعي لبيعه .

٢٦٢٢ - ومثل البيع فيما ذكر من الأحكام الشراء فللوصي المختار أن يشتري للصغير شيئًا من أجنبي ، سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير فلو كان فيه غبن فاحش لم ينفذ على الصغير ، فإن اشترى من غير أجنبي منه ومن الموصي فعلى الخلاف المتقدم بين الإمام وصاحبيه في البيع .

٢٦٢٣ - ولا يخفى أن الغبن في حالة الشراء يكون زيادة في الثمن ، وفي البيع يكون نقصا منه ، والفرق بين الغبن اليسير والفاحش ؛ أن الغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش ، وكل هذه الأحكام بالنسبة للوصي المختار .

٢٦٢٤ - أما وصي القاضي فلا يجوز له أن يبيع شيئًا من أموال اليتيم لمن لا تقبل شهادته له ، لأنه وكيل القاضي ففعله كفعل الموكل ، وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضي لمن لا تقبل شهادته له ومثل بيع الشراء .

(مادة ٤٥٧)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ مَالَ الْيَتِيمِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ نَسِيئَةً ، بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ الأَجَلُ فَاحِشًا ، وَأَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي لَا يُخْشَى مِنْهُ الْجُحُودُ وَالامْتِنَاعُ عَنِ الدَّفْعِ عِنْدَ حُلُولِ الأَجَلِ (١) .

* * *

٢٦٢٥ - وإن باع الوصي المختار لنفسه شيئًا من أموال اليتيم صحَّ هذا البيع عند الإمام ، ولكن تشترط الخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع ؛ لأنه إما أن يكون عقارًا أو منقولًا .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٦/٣) : « الوصي إذا باع مال اليتيم بالنسيئة إذا كان التأجيل فاحشًا بأن لا يباع هذا المال بهذا الأجل لا يجوز وإن لم يكن كذلك ، لكن يخاف عليه الجحود عند حلول الأجل أو هلاك الثمن عليه فكذلك ، وإن كان لا يخاف عليه الجحود ولا هلاك الثمن عليه جاز بيع الوصي » .
وجاء فيه أيضًا (١٤٦/٦) : « وإذا باع الوصي شيئًا من تركة الميت بالنسيئة فإن كان ذلك ضررًا على اليتيم بأن يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل لا يجوز ، وإن لم يكن ضررًا على اليتيم بأن كان لا يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل يجوز ؛ وعلى هذا قال مشايخنا - رحمهم الله تعالى - : إذا استباع رجل شيئًا من مال اليتيم بألف ، والآخر بألف ومائة والأول أملى ؛ ينبغي للوصي أن يبيعه من الأول ، والذي لا يخشى عليه الجحود والمنع عند الطلب ، وكذلك إذا كان لليتيم دار أراد رجل أن يستأجرها كل شهر بثمانية والآخر بعشرة والذي يستأجرها بثمانية أملى ينبغي أن يؤاجر منه ، وعلى هذا متولي الأوقاف وجميع أمناء الأوقاف ، كذا في الذخيرة » .

٢٦٢٦ - فإن كان عقارًا فالخيرية التضعيف فلا بد أن يشتري ما يساوي خمسين بمائة وإن كان منقولًا ، فالخيرية فيه زيادة الثلث بالنسبة للكل فلو كان يساوي عشرة واشتراه بخمسة عشر فبها ، وإلا فلا يصح .

٢٦٢٧ - ومثل البيع في الأحكام المذكورة الشراء لليتيم من أمواله ، فإذا اشترى الوصي المختار لليتيم شيئًا من أموال نفسه فلا يصح هذا الشراء إلا بالخيرية وهي هنا تكون نقصًا في الثمن ، وهي بالنسبة للعقار أن يبيعه له بنصف القيمة ، وفي المنقول بثلثي قيمته فلو كان يساوي خمسة عشر وباعه له بعشرة فبها ، وإلا فلا يصح .

٢٦٢٨ - وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وإن لم تكن على الثلثين والثلث ، فإذا اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة أو باع ما يساوي عشرة بثمانية كان هذا العقد صحيحًا نافذًا وهو وجيه ؛ إذ الغرض من وجود الخيرية في هذا العقد نفي الشبهة عن الوصي وهي تحصل بما ذكر فلا يشترط فيها نقص الثلث أو زيادته .

٢٦٢٩ - وإن كان وصي القاضي فلا يجوز بيعه شيئًا من أموال اليتيم لنفسه ولا شراؤه شيئًا من أمواله لليتيم ولو بالخيرية ، لأنه وكيل عن القاضي ؛ ففعله كفعله وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضي لنفسه .

(مادة ٤٥٨)

يَجُوزُ لِوَصِيِّ الأَبِ أَنْ يَبِيعَ مَالَ نَفْسِهِ لِلْيَتِيمِ ، وَأَنْ يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ مَالَ الْيَتِيمِ إِنْ كَانَ فِيهِ خَيْرٌ .

وَالْخَيْرِيَّةُ فِي الْعَقَارِ فِي الشِّرَاءِ : التَّضْعِيفُ ، وَفِي الْبَيْعِ : التَّنْصِيفُ . وَفِي غَيْرِ الْعَقَارِ أَنْ يَبِيعَ مَا يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ بِعَشَرَةٍ مِنَ الصَّغِيرِ ، وَيَشْتَرِيَ مَا يُسَاوِي عَشَرَةً بِخَمْسَةَ عَشَرَ لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ .

وَلَا يَجُوزُ لِوَصِيِّ الْقَاضِي أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا أَنْ يَبِيعَ مَالَ نَفْسِهِ لِلْيَتِيمِ مُطْلَقًا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٨/٦ ، ١٤٩) : « وإذا باع الوصي مال اليتيم من نفسه ، أو باع مال نفسه من اليتيم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم يجوز ، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم لا يجوز وعلى قول محمد رحمه الله وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز على كل حال ، وتكلم المشايخ - رحمهم الله تعالى - في تفسير المنفعة الظاهرة =

٢٦٣٠ - وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يشترط أن يكون الثمن معجلًا بل يجوز أن يكون نسيئة أي مؤجلًا إلى وقت معلوم .

٢٦٣١ - ولكن يشترط أن لا يكون الأجل طويلًا ، لأن فيه تضييع فائدة أموال اليتيم في هذه المدة بخلاف المدة القصيرة .

٢٦٣٢ - فإن التجارة لا تستغني عنها ويشترط أيضًا أن يكون المشتري قادرًا على دفع الثمن ولا يخشى منه الإنكار والامتناع عن الدفع عند حلول الأجل ، لأن تصرفات الوصي نظرية والنظر فيما ذكر لا في غيره .

(مادة ٤٥٩)

لَا يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ قَضَاءُ دَيْنِهِ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا إِقْرَاضُهُ ، وَلَا اقْتِرَاضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا رَهْنُ مَالِهِ عِنْدَ الْيَتِيمِ ، وَلَا ارْتِهَانُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَهُ رَهْنُهُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ بِدَيْنٍ عَلَى الْيَتِيمِ أَوْ عَلَى الْمَيِّتِ ، أَوْ عَلَى نَفْسِهِ ، وَأَخْذُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ بِالدَّيْنِ الْمَطْلُوبِ لِلْيَتِيمِ وَلِلْمَيِّتِ .

* * *

= على قول أبي حنيفة رحمه الله بعضهم قال : أن يبيع من الصبي من مال نفسه ما يساوي ألف درهم بثمانمائة ويبيع مال الصبي من نفسه ما يساوي ثمانمائة بألف درهم ، وبعضهم قال : أن يبيع من مال نفسه ما يساوي ألفًا بخمسمائة ويبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي خمسمائة بألف ، ثم إذا جاز بيع الوصي من نفسه على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - هل يكتفي بقوله : بعت أو اشتريت كما في الأب أو يحتاج إلى الشطرين لم يذكر هذا الفصل هاهنا وذكر الناطفي في واقعاته أنه يحتاج فيه إلى الشطرين بخلاف الأب وصبي اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر لا يجوز ، وكذا لو أذن الوصي لهما بالتصرف فباع أحدهما ماله من الآخر لا يجوز كذا في الذخيرة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٥٣/٤) : « (ولا) يجوز له (اشتراء) لنفسه شيئًا (من التركة) ؛ لأنه يتهم على المحاباة أي يكره كما في النقل (وتعقب) أي : يتعقبه الحاكم في عمله به قراضًا ، أو بضاعةً ، أو اشتراء لنفسه (بالنظر) فيمضي ما فيه مصلحة لليتيم ويرد غيره (إلا) اشتراءه (كحمارين) من التركة (قل ثمنهما) الذي انتهت له الرغبات فيهما كثلاثة دنانير (وتسوق بهما الحضر والسفر) أي : شهرًا في السوق للبيع هذا مراده وذكر الحضر والسفر لسؤال وقع فيه ذلك ، فالمراد إلا شيئًا قليلًا انتهت إليه الرغبات بعد شهرته للبيع في سوقه فيجوز اشتراؤه للوصي » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (١٧٥/٢) : « (ولا يصح أن يبيع) ولي صغير ومجنون من مالهما لنفسه (أو يشتري) من مالهما لنفسه (أو يرتهن من مالهما لنفسه) ؛ لأنه مظنة التهمة (غير أب) فله ذلك ، ويلي طرفي العقد ؛ لأنه يلي بنفسه والتهمة منتفية بين الوالد وولده ، إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه ، بخلاف غيره » .

٢٦٣٣ - وإذا كان على الوصي دين فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم ، فإن فعل يكون ضامنًا بلا شك ، وإذا حضر إليه شخص ، وطلب منه أن يعطيه شيئًا من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعي بأن يأخذ منه شيئًا من المثليات يستهلكه في حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له إعطاؤه شيئًا منه ؛ لأن فيه تعطيلًا للأموال بدون استثمار والوصي مأمور بتنمية أموال اليتيم ، ولكن لما كان القرض لا يكون إلا لمحتاج ؛ لأن الظاهر أن الشخص لا يطلب من غيره شيئًا إلا إذا كان محتاجًا إليه حث الشارع عليه في مواضع كثيرة .

٢٦٣٤ - ولذا قال الفقهاء : إن الوصي وإن كان لا يجوز له إقراض مال اليتيم ، لكنه لو فعل ذلك لا يعد خائنًا ، فلا يعزل من الوصاية ويكون ضامنًا لما أقرضه .

٢٦٣٥ - وأما القاضي فيجوز له ذلك ؛ لأنه قادر على تخليص مثله في أي وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة إليه مطلقًا ، بل هو مقيد بما إذا لم يجد شيئًا موافقًا يشتريه لليتيم بهذا المال ويستغله له ، ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أي : يتجر فيه ، ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذي يتفقان عليه وهو ظاهر ؛ لأنه إذا لم يمكنه استثمار المال بأى طريق .

٢٦٣٦ - فالأحسن إعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضمونا عليه ويرده في الوقت المناسب ، وهو الوقت الذي يرى القاضي أخذه فيه لتنميته ، وهو قادر على ذلك فيملك الإقراض .

٢٦٣٧ - والمعول عليه أن الأب كالموصي لا كالقاضي ، فلا يجوز له إقراض مال ولده ، وكما لا يجوز للوصي إقراض مال اليتيم لغيره كذلك لا يجوز له أخذه قرضًا لنفسه فلو أخذه كان ضامنًا لما أخذ ؛ لأنه صار مستهلكًا للأموال فيضمن مثلها لصاحبها ، وقال محمد : أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء فلا بأس به .

٢٦٣٨ - وإذا كان على الوصي دَيْن لليتيم بأن اشترى شيئًا من أموال اليتيم لنفسه وكان في هذا الشراء نفع للصغير أو استهلك شيئًا من أمواله فلا يصح أن يرهن شيئًا من أموال نفسه عند اليتيم بالديْن الذي عليه .

٢٦٣٩ - وينبني على ذلك : أنه لو فعل وهلك الشيء الذي رهنه لم يسقط شيء من دَيْن اليتيم ، بل هو باقٍ على الوصي فيطالب به .

٢٦٤٠ - ومثل هذا ما إذا كان على اليتيم دَيْن للوصي بأن باع له الوصي شيئًا من

أملاكه وكان في البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه ، أو اشترى له شيئًا من أجنبي ودفع الثمن من مال نفسه وأشهد على الرجوع فلا يصح أن يأخذ شيئًا من أموال اليتيم يرتهنه عنده بهذا الدين .

٢٦٤١ - وليس الأب كالوصي في ذلك فله أن يرهن ماله عند ولده بدين عليه له ، وله أن يرتهن مال ولده إذا كان على الولد دَيْن له .

٢٦٤٢ - وقالوا في الفرق بينهما : إن الأصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن أي : لا يكون راهنًا ومُرتهنًا ، لكنا تركنا ذلك في الأب لوفور شفقته فنزل منزلة شخصين ونزلت عبارته منزلة عبارتين ، بخلاف الوصي فإن شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة .

٢٦٤٣ - وبما أن المانع من رهن مال اليتيم عند الوصي عدم جواز تعدد العاقد فحينئذ يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره ، سواء كان هذا الدين على الميت أو على اليتيم أو على الوصي ، فإذا مات شخص مَدين لغيره وأقام وصيًا على أولاده فلهذا الوصي أن يرهن شيئًا من أموال الأيتام عند دائن الموصي .

٢٦٤٤ - وكذلك لو اتجر لليتيم أو أذن له بالتجارة فركبته ديون أو اشترى الوصي له شيئًا ولم يدفع ثمنه كان الدين على اليتيم ، وإن كان الوصي هو المطالب به فله أن يرهن شيئًا عند الدائن من مال اليتيم ؛ لأن الأولى له التجارة في مال اليتيم تثميرًا له فلم يجد بدًّا من الارتهان والرهن ؛ لأنه إيفاء واستيفاء وكلًّا منهما جائز ، وكذلك لو استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعًا لليتيم جاز ؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز .

٢٦٤٥ - وكما يجوز للوصي أن يرهن مال اليتيم بدَيْن على الميت أو اليتيم يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو عند الإمام الأعظم ومحمد ؛ لأنه يملك إيداعه عند غيره والرهن انظر منه في حق الصبي ؛ لأن قيام المُرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ؛ لأنه لو هلك يهلك مضمونًا عليه والوديعة أمانة .

٢٦٤٦ - وقال أبو يوسف وزفر : لا يجوز . وهو القياس اعتبارًا بحقيقة الإيفاء يعني : أنه لا يجوز للوصي أن يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز له أن يرهنه به .

٢٦٤٧ - وأجاب الإمام محمد عن هذا : بأن هناك فرقًا بين حقيقة الإيفاء والرهن ، لأن في الأول إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الثاني نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فوضح الفرقة .

٢٦٤٨ - وقالوا : إن الظاهر مذهب الإمام ، وإن الخلاف في هذه المسألة مبني على خلاف آخر وهو أنه إذا باع الوصِي مال الصغير من دائنه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ الوصي الثُمن من المشتري ويأخذ المشتري دينه من الوصي .

٢٦٤٩ - وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باع الشيء الموكل ببيعه من دائنه فعندهما تقع المقاصة بنفس العقد ، ويضمن الوكيل الثمن للموكل ، وعنده لا تحصل المقاصة ؛ لأنه إذا كان لا يملك قضاء دَيْن نفسه من مال الصبي بطريق البيع ، فكذلك لا يملكه بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضًا ؛ لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري والخلاف المتقدم بالنسبة للوصي جار في الأب .

٢٦٥٠ - ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيهًا ؛ لأن هناك فرقًا بين إيداع مال اليتيم ورهنه ؛ إذ المودع له أن يسترد الوديعة في أي وقت شاء بدون أن يلزم بشيء بخلاف الراهن ، فليس له أن يسترد الرهن من المرتهن إلا بعد سداد الديْن فلو رهن الوصي مال اليتيم عند دائنه وأراد استرداده كان للمرتهن الحق في أنه لا يُسلمه له إلا بعد أن يستوفي دَيْنه .

٢٦٥١ - وربما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين فتتعطل منفعة هذا الشيء على الصغير .

٢٦٥٢ - وهذا لا يلزم على قول أبي يوسف إذ الوصي لا يملك هذا فيسترد من المرتهن بدون أن يكون له حق في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه ، وما معنى عدم تجويز قضاء دَيْنه من مال اليتيم وحصول المقاصة عند البيع أليس في هذا قضاء دَيْنه وتكون حيلة ؟

٢٦٥٣ - وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصة عندما يكون الوصي غير قادر على دفع الدَين . اللَّهم إلا إذا كان جواز الرهن وحصول المقاصة مقيدين بما إذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقييدهم جواز إقراض القاضي مال اليتيم بما إذا لم يمكن استثماره في الوقت الذي يبقى فيه عند المستقرض ولكني لم أر هذا القيد .

٢٦٥٤ - ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجودًا عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد دَيْنه وتخليص الرهن فإن هلك تحت يد المرتهن هلك بالأقل من الأمرين وهما القيمة والديْن .

٢٦٥٥ - فإذا فرضنا أن الوصي رهن شيئًا من أموال اليتيم قيمته خمسون جنيهًا ، وكان الدين كذلك ، وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الوصي ، ويلزمه دفع هذا المبلغ إلى الصغير ؛ لأنه صار قاضيًا دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين أكثر من خمسين جنيهًا سقط منه بقدر قيمة الرهن ؛ لأنها أقل من الدين ويضمنها إلى الصبي ، ويدفع الزائد إلى الدائن ، وإن كان الدين أربعين جنيها فقط سقط كله بهلاك المرهون ؛ لأن الدين أقل من القيمة في هذه الحالة ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين إلى الراهن ؛ لأن الزائد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتعدي والموضوع إنه هلك من غير تعد فلا يضمنه ويلزم الوصي أن يعطي للصغير قدر الدين لا الزيادة .

٢٦٥٦ - وكما يجوز للوصي أن يعطي رهنًا بالدين المطلوب من الميت أو اليتيم يجوز له أن يأخذ رهنًا بالدين المطلوب لواحد منهما وأن يأخذ كفيلًا أي ضامنًا به ؛ لأن في كل منهما منفعة عائدة على الصغير ، والوصي له أن يعمل كل ما فيه خير بالنسبة له .

(مادة ٤٦٠)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بِكُلِّ مَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْمَلَهُ بِنَفْسِهِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ ، وَيَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِمَوْتِ الْوَصِيِّ أَوِ الصَّبِيِّ (١) .

* * *

٢٦٥٧ - وبما أن الوصي له الولاية على أموال اليتيم فله أن يتولى التصرفات الجائزة له شرعًا بنفسه ، وله أن يُوكل غيره ليباشرها ؛ إذ التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه ولا شك في أن الوصي مالك لهذه التصرفات ، فله أن يملكها لغيره ويتصرف هذا الغير بالنيابة عنه .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٢٩٠) : « الوصي يملك أن يُوكِّل غيره بكل ما يجوز له أن يعمل بنفسه في أمور اليتيم كما في أدب الأوصياء والأنقروي » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٦/١١٠) : « للموصي أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته ، قال في المتيطية : ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل - ما جعل إليه - أحدًا غيره حي أو مات ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف : وصي الأب ، وقاله ابن أبي زمنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم إن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع أموره ؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي ، قاله بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه » .

٢٦٥٨ - وإذا مات الموكل انعزل الوكيل فالشخص الذي وكله الوصي ينعزل بموت الوصي أو اليتيم ؛ لأنه في الحقيقة نائب عنهما .

(مادة ٤٦١)

لَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ إِبْرَاءَ غَرِيمِ الْمَيِّتِ عَنِ الدَّيْنِ ، وَلَا أَنْ يَحُطَّ مِنْهُ شَيْئًا ، وَلَا أَنْ يُؤَجِّلَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الدَّيْنُ وَاجِبًا بِعَقْدِهِ ، فَإِنْ كَانَ وَاجِبًا بِعَقْدِهِ صَحَّ الْحَطُّ وَالتَّأْجِيلُ وَالإِبْرَاءُ وَيَكُونُ ضَامِنًا (١) .

* * *

٢٦٥٩ - وينبني على أن تصرفات الوصي في مال اليتيم مقيدة بالمصلحة : أنه إذا كان شخص في ذمته دَيْن لليتيم مستحق للدفع في الحال أو بعد زمن مخصوص فليس له أن يبرئه من كل الدين أو بعضه ولا أن يؤجل الدين المستحق الدفع فورًا إلى زمن ، سواء كان طويلًا أو قصيرًا ؛ لأنه لا مصلحة في ترك كل الديْن أو بعضه بدون عوض ولا في تأجيله ؛ لأن فيه تعطيل المال مُدة الأجل فلو حصل من الوصي ذلك فلا يصح .

٢٦٦٠ - ويطالب المدين بكل الديْن في صورتي إسقاط الوصي كله أو بعضه ويدفعه في الحال في صورة التأجيل وليس للمَدِين أن يمتنع عن ذلك محتجًا بما صدر من الوصي ؛ لأنه غير صحيح فلا يحتج به .

٢٦٦١ - ولكن محل هذا إذا كان الديْن ثابتًا بغير عقد الوصي بأن باع الموصي قبل وفاته شيئًا لشخص ومات ولم يقبض الثمن أو استهلك شخص شيئًا من أموال الصغير وألزم ببدله فإن الدَيْن مستحق لليتيم ووجوبه بغير عقد الوصي فلا يجوز له التصرف فيه إلا بما يعود بالنفع على اليتيم وهذا بالاتفاق .

٢٦٦٢ - أما إذا كان الديْن واجبًا بعقد الوصي كما إذا باع شيئًا من أملاك اليتيم لغيره بثمن مستحق الدفع في الحال ، أو كان الموصي قبل وفاته وكل الوصي ببيع شيء من أملاكه فباعه ولم يقبض الثمن من المشتري حتى مات الموصي .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٩/٦) : « والوصي لا يملك إبراء غريم الميت ولا أن يحط عنه شيئًا ولا يؤجله إذا لم يكن الدين واجبًا بعقده ، فإن كان واجبًا بعقده صح الحط والتأجيل والإبراء في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - ويكون ضامنًا » .

٢٦٦٣ - فقال أبو يوسف : هو كالأول في الحكم .

٢٦٦٤ - وقال الإمام الأعظم ومحمد : يصح إبراء الوصي المدين من كل الدين أو بعضه وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمة المدين من كل الدين أو بعضه ولا يطالب بالدين إلا عند حلول الأجل ، ولكن الدين لا يضيع على اليتيم بل يلزم الوصي دفعه في الحال .

٢٦٦٥ - وتأمل في كل من القولين وانظر ما يوافق مصلحة الصغير لما تقدم لك في شرح مادة (٤٥٨) .

(مادة ٤٦٢)

لِلْوَصِيِّ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَيْنِ الْمَيِّتِ وَدَيْنِ الْيَتِيمِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ وَالْغَرِيمُ مُنْكِرٌ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى أَقَلَّ مِنَ الْحَقِّ إِذَا كَانَ بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ أَوْ كَانَ الْغَرِيمُ مُقِرًّا بِهِ أَوْ كَانَ مَقْضِيًّا بِهِ عَلَيْهِ .

وَإِنِ ادُّعِيَ عَلَى الْمَيِّتِ أَوِ الْيَتِيمِ حَقٌّ ، وَلِمُدَّعِيهِ بَيِّنَةٌ عَلَيْهِ أَوْ كَانَ مَقْضِيًّا لَهُ بِهِ ، جَازَ صُلْحُ الْوَصِيِّ بِقَدْرِ قِيمَةِ المدعى به [1] .

* * *

٢٦٦٦ - ومما ينبني على أن تصرفات الوصي إن كان فيها مصلحة للصغير نفذت وإلا بطلت صلح الوصي عن الدين المدعى به للموصي أو لليتيم أو عليهما فإن كان في الصلح منفعة للصغير جاز وإلا فلا . وبيانه :

٢٦٦٧ - أنه إذا كان للموصي على آخر ألف جنيه مثلًا ومات قبل أخذها منه فأما أن يكون إثبات هذا الديْن ممكنًا لو رفعت الدعوى على المدين أو غير ممكن .

٢٦٦٨ - فإن كان الأول بأن وجدت بينة عادلة لإثباته أو لم توجد ولكن المدين مقر بالدين ، أو انتفى الأمران ولكن الديْن مقضي به عليه فإما أن يصالح الوصي المدين على

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/١٤٩ ، ١٥٠) : « ولو صالح الوصي واحدًا عن دَيْن الميت إن كان للميت بينة على ذلك أو كان الخصم مقرًّا بالدين أو كان القاضي علم بذلك الحق لا يجوز صلح الوصي ، وإن لم يكن على الحق بينة جاز صلح الوصي ، وإن كان الصلح عن دين على الميت أو على اليتيم فإن كان للمدعي بينة على حقه أو كان القاضي قضى له بحقه جاز صلح الوصي ، وإن لم يكن للمدعي بينة على حقه ولا قضى القاضي بذلك لا يجوز صلح الوصي ؛ لأنه إتلاف لماله وهو نظير ما لو طمع السلطان الجائر أو المتغلب في مال اليتيم فأخذ الوصي وهدده ليأخذ بعض مال اليتيم ، قال نصير رحمه الله تعالى : لا ينبغي للوصي أن يعطي فإن كان أعطى كان ضامنًا » .

شيء من جنس الديْن أو من غير جنسه ، فإن صالحه على جنسه بأن قال له : صالحتك عن الألف التي عليك لموصي على تسعمائة جنيه مثلًا كان هذا الصلح لاغيًا ؛ لأنه في هذه الحالة يكون آخذًا لبعض الحق وتاركًا للبعض الآخر ويترتب على إلغائه أن الوصي له مطالبة المدين بكل الدَيْن ويلزم بدفعه غير محتج بالصلح الذي حصل ؛ لأنه غير معول عليه .

٢٦٦٩ – وإن صالحه على غير جنسه بأن قال له : صالحتك عن الألف التي عليك على بيتك الفلاني مثلًا فأما أن يكون البيت يساوي هذا المبلغ أو أكثر منه أو أقل .

٢٦٧٠ – فإن كان الأول أو الثاني فلا كلام في صحته ؛ لأن الصلح في هذه الحالة معاوضة إذ الوصي اشترى البيت من المدين بالدين الذي عليه وهو يملك ذلك خصوصًا في الحالة الثانية لظهور النفع لليتيم .

٢٦٧١ – وإن كان الثالث فأما أن يكون الغبن يسيرًا أو فاحشًا فإن كان يسيرًا صح أيضًا ؛ إذ الغبن اليسير مغتفر ؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره سد باب التصرفات وإن كان الغبن فاحشًا فلا ينفذ على اليتيم ؛ لأن الوصي وإن كان يملك الشراء له إلا أنه مقيد بعدم الضرر ، والضرر هنا موجود فيلغو بالنسبة لليتيم .

٢٦٧٢ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كان إثبات الديْن غير ممكن بأن لم يكن هناك طريق من طرق الإثبات المتقدمة جاز للوصي أن يصالح عن الدين على أقل منه ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن منفعة الصغير – والحالة هذه – في الصلح إذ أخذ بعض الحق وترك البعض الآخر أصلح ولا شك من ضياع الكل .

(مادة ٤٦٣)

لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْوَصِيِّ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ عَلَى الْمَيِّتِ [1] .

* * *

٢٦٧٣ – وكل ما قيل بالنسبة للديْن الذي ثبت للموصي ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للديْن الذي ثبت أولًا لليتيم ، فإذا تعدى شخص على شيء من أموال اليتيم وأهلكه صار بدله دَيْنًا في ذمته له ؛ والوصي هو المطالب به فإذا صالحه الوصي عن هذا

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤١٥) : « إقرار الوصي على الميت بدَيْن أو عين أو وصية باطل » .

الدين على شيء فالتفصيل والأحكام المتقدمة تجري هنا أيضًا بلا خلاف .

٢٦٧٤ - ولكن هذا إذا وجب الديْن بغير عقد الوصي فإن وجب بعقده ، فقال الإمام ومحمد : يجوز الصلح ، ولو كان المصالح عليه أقل من الديْن وكان الديْن ثابتًا ويضمن الوصِي النقص . وقال أبو يوسف : لا يصح أصلًا .

٢٦٧٥ - ومثل ما قيل في الديْن المدعى به للميت أو لليتيم يقال في الديْن المدعى به على واحد منهما ، فإذا ادعى شخص أن له في ذمة الميت مبلغ كذا أو أن اليتيم استهلك له كذا وطالب الوصي بالديْن أو ببدل المستهلك .

٢٦٧٦ - فإن كان غير ثابت فلا يجوز للوصي مصالحة المدِعي ولو بأقل مما ادعَى به للحوق الضرر بالصغير ، وإن كان ثابتًا جاز له الصلح ، سواء كان المصالح عليه أقل من المدعى به أو مساويًا له .

٢٦٧٧ - ومحل سريان هذه الأحكام في الصلح إذا كان بدل الصلح من مال اليتيم ، فإن كان من مال الوصي صح الصلح مطلقًا ، أي : سواء كان الديْن ثابتًا أو غير ثابت ، وسواء كان بدل الصلح أقل من الديْن أو مساويًا له أو أكثر ؛ لأن الوصي له أن يتصرف في ملكه بما شاء لمن أراد .

٢٦٧٨ - فظهر لك مما تقدم أن طرق إثبات الديْن المدعَى به للميت أو لليتيم ثلاث البينة وقضاء القاضي وإقرار المدعَى عليه ، وأما طرق إثبات الدَيْن المدعى به على الميت أو على اليتيم فاثنان : البيِّنة وقضاء القاضي ، أما الإقرار فلا يثبت به هذا الدين .

٢٦٧٩ - والسبب في ذلك أن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه إلى غيره والمدعى عليه في الأول من أهل الإقرار ، فإذا أقر بشيء لزمه بخلافه في الثاني ؛ لأن الميت غير موجود والصغير ليس من أهل الإقرار والوصي .

٢٦٨٠ - وإن كان قائمًا مقام الموصي وله الولاية على أموال اليتيم ؛ إلا أنه لا يصح إقراره عليهما لما عرفته من أن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدى المقر إلى غيره ولذا لا يصح إقرار الوصي بدين أو عين أو وصية على الميت ، فإذا قال : إن فلانًا يستحق عند موصي مائة جنيه (مثلًا) .

٢٦٨١ - فلا يثبت المقر به بهذا الإقرار ولو كان في التركة بيت فقال : إن هذا البيت الذي تعهدون أنه من تركة موصِي ليس له وإنما هو لفلان لم يصح هذا الإقرار أيضًا ، وكذا إذا قال : إن موصي أوصى لفلان بربع أمواله كان هذا الإقرار لاغيًا للسبب

المذكور فلا يثبت كل ذلك إلا بحجة غير إقرار الوصي .

(مادة ٤٦٤)

إِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بِدَيْنٍ عَلَى الْمَيِّتِ ، صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي حِصَّتِهِ لَا فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ ، وَيَأْخُذُ الْمُقَرُّ لَهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا يَخُصُّهُ ، وَهُوَ الأَرْفَقُ .

وَكَذَا إِنْ أَقَرَّ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ ، لَزِمَتْهُ فِي ثُلُثِ حِصَّتِهِ (١) .

* * *

٢٦٨٢ - هذا حكم إقرار الوصي على الميت . وأما إقرار الوارث على المورث فإنه يؤاخذ به لو كان من أهل الإقرار ، فإذا أقرت الورثة بدَيْن أو بوصية على مورثهم ، وكان الكل من أهل الإقرار ، نفذ عليهم .

٢٦٨٣ - فإن أقرَّ أحدهم وهو من أهله فإن صدقه الباقي في هذا الإقرار نفذ عليهم أيضًا وإن لم يصدقوه فلا خلاف في أن إقراره يسري عليه فقط ؛ إذ الإقرار حجة قاصرة على نفس المُقر فلا يتعداه إلى غيره إلا بتصديق منه ، وإنما الخلاف في أنه هل يأخذ المُقر له بالدين جميع المُقر به من نصيب المقر إن كان يفي به أو يأخذ منه بقدر ما يخصه .

٢٦٨٤ - وينبني على هذا : أنه إذا ترك شخص ثلاث بنين وتِرْكته تساوي أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فادعى شخص أن له دَيْنًا على مورثهم وقدره ألف وخمسمائة جنيه .

٢٦٨٥ - فإن صدقه الكل وهم من أهل التصديق أخذ كل الدين من التركة وبعد ذلك يقتسمون الباقي بينهم ؛ لأن الإرث مؤخر عن قضاء الدين وإن صدق المدعي أحدهم ولم يوافقه الباقي .

٢٦٨٦ - قال بعضهم : يأخذ المقر له جميع نصيب المُقر إن كان يفي بدينه ، وإن كان نصيبه أقل من المقر به كما إذا كانت التركة في هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه أخذ جميع نصيبه فقط .

٢٦٨٧ - وقال بعضهم : يأخذ المقر له من نصيب المُقر ما يخصه في هذا الدين وهو

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٧/٤) : « رجل ادعى دَيْنًا على ميت بحضرة أحد الورثة فأقر هذا الوارث صح إقراره ويلزمه جميع ذلك في حصته من الميراث ، وقال شمس الأئمة رحمه الله : هذا إذا قضى القاضي على هذا الوارث بإقراره ، أما بمجرد إقراره فلا يلزمه الدين في نصيبه ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

في هذا المثال خمسمائة جنيه .

٢٦٨٨ - واحتج الأول بأن المُقر مؤاخذ بإقراره فيعمل به في حق نفسه وقد تضمن إقراره أنه لا يستحق شيئًا من تركة مورثه إلا بعد قضاء الديون فيؤخذ منه كل ما يستحقه في التركة أن يوفي بالدين ، وإن لم يوفِ فلا يؤخذ منه الباقي ؛ لأن الشخص إذا توفي وعليه ديون لا تفي تركته بها فلا يلزم الوارث بسداد الباقي بعد التركة .

٢٦٨٩ - ووجه الثاني كلامه بأن قولهم : المقر مؤاخذ بإقراره مقيد بما إذا كان هذا الإقرار على نفسه فإن كان على الغير فلا يسري عليه إلا بقدر ما يخصه وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه ؛ بل أقر بدين على المورث ليؤخذ من كل التركة .

٢٦٩٠ - وبما أنه أخذ جزء منها فقط فيؤخذ منه بقدر ما يخص ذلك الجزء من الدين ، ويلزم على أخذ الكل من حصته الإضرار به فيؤدي ذلك إلى إنكاره الدَيْن إن كان يعلم به ؛ لأن إقراره يعود عليه بالضرر .

٢٦٩١ - والذي يؤخذ من كلامهم ترجيح الأول ، ولكن من تأمل وجد القول الثاني أرفق وأعدل وأبعد عن الضرر فليكن المعول عليه .

٢٦٩٢ - ومحل هذا إذا لم يعلم هذا الديْن إلا بطريق إقرار أحد الورثة فإن علم بالبينة ولو كان المقر أحد الشاهدين قبل القضاء عليه بالإقرار لزم الديْن كل الورثة ؛ لأن البينة حجة متعدية .

٢٦٩٣ - أما لو كان بعد القضاء عليه فلا تقبل شهادته ؛ لأن فيها فائدة له بإلزامه ببعض الدين بعد أن كان مُلزمًا بالكل على القول الأول ، ولو أراد المدعي أن يقيم بينة على المقر يقبل منه ذلك ؛ لأن في إقامتها فائدة له وهي إلزام الكل بالدَيْن فهذا من المواضع التي تسمع البينة فيها على المُقر .

٢٦٩٤ - وهذا الخلاف إنما هو بالنسبة للإقرار بالديْن فإذا كان الإقرار بالوصية فاتفقوا على أن مُدعي الوصية لا يأخذ من نصيب المقر إلا بقدر ما يخصه .

٢٦٩٥ - فإذا توفي شخص وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف جنيه وأخذ كل ابن أَلْفًا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فقط يؤخذ منه ثلث ما في يده ؛ لأن المقرَّ أقر بألف شائع في الكل ثُلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكيه فما كان إقرار فيما في يده قبل وما كان إقرار فيما في يد غيره لا يقبل فيجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما في يده وهو حسن .

(مادة ٤٦٥)

يَنْبَغِي لِلْوَصِيِّ أَلا يُقَتِّرَ وَلَا يُسْرِفَ فِي النَّفَقَةِ عَلَى الْيَتِيم ، بَلْ يُوَسِّعُ عَلَيْهِ فِيهَا بِحَسَبِ مَالِهِ وَحَالِهِ لِيَكُونَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ، وَلَهُ أَنْ يزِيدَ فِي النَّفَقَةِ الْمَفْرُوضَةِ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ كَافِيَةٍ .

* * *

٢٦٩٦ - وبما أن كل شخص يمدح شرعًا وعُرفًا إذا اعتدل في النفقة بلا إسراف ولا تقتير ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [١] . فلو خالف ذلك ترتب عليه ما أوعده اللَّه تعالى به : ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾ [٢] .

٢٦٩٧ - والوصي هو القائم بأمور اليتيم ، فينفق عليه لا على وجه الإسراف ولا على وجه التضييق بل يراعي الحال ، وذلك متفاوت بقلة مال الصغير وكثرته واختلاف حاله ، فينظر فيها وينفق عليه قدر ما يليق به ولو فرض تقدير النفقة لليتيم بشيء ورأى الوصي أنه لا يكفيه فله أن يزيد على قدر الكفاية وهو ظاهر .

(مادة ٤٦٦)

إِذَا احْتَاجَ الْيَتِيمُ لِلنَّفَقَةِ ، وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ أَوْ لَا مَالَ لَهُ ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَصِيُّ مِمَّنْ تَجِبُ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَيْهِ فِي صُورَةِ كَوْنِهِ لَا مَالَ لَهُ أَصْلًا ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ الْوَصِيُّ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فِي لَوَازِمِهِ الضَّرُورِيَّةِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ [٣] .

* * *

٢٦٩٨ - والصغير لا يخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة أحوال :

٢٦٩٩ - **الأول** : أن يكون له مال حاضر عند الوصي .

---

(١) الفرقان : ٦٧ . (٢) الإسراء : ٢٩ .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٥٥/٦) : « الوصي إذا اشترى كِسوة للصغار أو يشتري ما ينفق عليهم من مال نفسه ، فإنه لا يكون متطوعًا ، وكذا لو قضى دين الميت من مال نفسه بغير أمر الوارث وأشهد على ذلك لا يكون متطوعًا ، وكذلك إذا اشترى الوارث الكبير طعامًا أو كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعًا وكان له الرجوع في مال الميت والتركة ، وكذا الوصي إذا أدى خَراج اليتيم أو عُشْره من مال نفسه لا يكون مُتطوعًا ، ولو كفن الوصِي الميت من مال نفسه قبل قوله في ذلك ، كذا في فتاوى قاضِي خان » .

٢٧٠٠ - **الثاني** : أن يكون له مال غائب .

٢٧٠١ - **الثالث** : أن لا يكون له مال أصلًا .

٢٧٠٢ - فإن كان الأول أنفق عليه الوصي منه مُراعيًا ما ذكر من اعتبار مَاله وحَاله .

٢٧٠٣ - وإن كان الثاني واشترى له الوصِي شيئًا ودفع ثمنه من مال نفسه ثم أراد أخذه من مال الصغير بعد حضوره ، فإن كان الشيء الذي اشتراه له ضروريًا كالطعام والكسوة ، قال بعضهم : لا يكون مُتطوعًا فله أن يرجع بهذا الحق أشهد على ذلك أو لم يشهد .

٢٧٠٤ - وقال بعضهم : يكون متطوعًا في الإنفاق استحسانًا ؛ إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه ؛ لأن قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك . وإن كان الشيء الذي اشتراه له غير ضروري كَبْيت أو فرس ثبت له الرجوع أشهد أو لم يشهد .

٢٧٠٥ - وإن كان الثالث ، وهو ما إذا لم يكن له مال أصلًا فإن كانت نفقة الصغير واجبة على الوصي كأن يكون عمًّا أو خالًا للصغير واشترى له شيئًا من لوازمه الضرورية كالطعام والكِسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد أن يصير ذا مال ؛ لأنه واجب عليه وإن لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه ففيه الخلاف المتقدم .

٢٧٠٦ - وأما إذا كان الشيء الذي اشتراه له ليس ضروريًا كعشرة أفدنة مثلًا ثبت له الرجوع على الصغير ، سواء كانت نفقته واجبة عليه أو غير واجبة .

٢٧٠٧ - هذا بالنسبة للوصي أما الأب ، فقال بعضهم : هو كالوصي .

٢٧٠٨ - وقال بعضهم : إنه يخالفه ، فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه في كل صورة من الصور ؛ إلا إذا أشهد ولم يكن الشيء المشترى واجبًا عليه .

٢٧٠٩ - وعند أبي حنيفة : أن الأب إذا اشترى لابنه شيئًا ليس بواجب عليه ، ولم يكن له مال أصلًا فليس له حق في الرجوع عليه بثمنه عندما يصير ذا مال وإن أشهد . والأم في ذلك كالأب .

٢٧١٠ - وقالوا : إن هذه الأحكام بالنسبة للقضاء ، وأما الديانة فيكفي كلًّا منهما النيَّة .

٢٧١١ - وبالجملة فقد اضطربت الأقوال وتشعبت الآراء واختلفت النقول في هذا الموضوع ، والذي يظهر أن الشيء المشتَرى إما أن يكون واجبًا على الأب والوصي أو لا .

٢٧١٢ - فإن كان الأول فلا رجوع لكل منهما وإن أشهد .

٢٧١٣ - وإن كان الثاني ثبت هذا الحق للوصي وإن لم يشهد ، وأما الأب فلا يثبت

له إلا إذا أشهد ؛ لأن الغالب من شفقة الوالد الإنفاق على الأولاد وتمليكهم شيئًا للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصي الأجنبي فلا يحتاج في الرجوع إلى الإشهاد .

(مادة ٤٦٧)

إِذَا قَضَى الْوَصِيُّ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ بِلَا بَيِّنَةٍ مِنَ الْغَرِيمِ وَقَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا تَصْدِيقٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ بَيِّنَةٌ أَيْضًا عَلَى ثُبُوتِ الدَّيْنِ ، وَحَلَفَ الْوَارِثُ عَلَى عَدَمِ عِلْمِهِ بِالدَّيْنِ [1] .

* * *

٢٧١٤ – وبما أن الوصي قائم مقام الموصي فيما له ، وعليه يكون هو المطالب بما على الموصي فإذا ادعى شخص على الميت دَيْنًا فالخصم في هذه الدعوى هو الوصي فله أن يقضيه من التركة لما لَهُ من الولاية عليها ولا يلزم برد بَدَله إلى التركة ولكن على التفصيل الآتي .

٢٧١٥ – وبيان ذلك : أن الدين المدعى به على الميت إما أن يكون ثابتًا أو غير ثابت ، فإن كان ثابتًا وقضاه من التركة ، فلا يضمنه من ماله وثبوته يكون بأحد أمور ثلاثة :

٢٧١٦ – **أولًا** : إذا أقيمت بينة عادلة لا شبهة فيها في وجه الوصي وألزمه القاضي بدفعه .

٢٧١٧ – **ثانيًا** : إذا كان مقضيًا به على الموصي قبل وفاته ولم يدفعه .

٢٧١٨ – **ثالثًا** : إذ صدقت الورثة المدعي بالدين في دعواه وهم من أهل التصديق ففي هذه الأحوال إذا قضي الدين من التركة فلا يضمن بدله من ماله بالإنفاق .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٣٠٥ ، ٣٠٦) : « (سئل) فيما إذا مات رجل عن زوجة وابن صغير منها ، وعن أخ وصي على الصغير وخلف تركة تحت يد الوصي ثم مات الابن عمن في المسألة وطلبت الأم نصيبها من التركة من الوصي فادعى أنه قضى به دينًا على الميت ولم تصدقه الأم على ذلك فهل لا يقبل قوله في ذلك ؟

(الجواب) : نعم ، وفي الفتاوى الظهيرية ترك ألفًا فجاء آخر يدعي عليه ألفًا فدفعه الوصي إليه قضاءً للدين بغير قضاء فكبر اليتيم وأنكر الديْن على أبيه يضمن الوصي ما دفعه إلى الغريم إن لم يكن للغريم بَيِّنة عليه ، قلت : ولو لم يكن للوصي بينة على ثبوت الديْن وحلف الوارث حين حلفه الوصي على عدم علمه بدين المورث فإنه ذكر مولانا نظام الدين في فوائده أن الوصي إذا أدى دَيْنًا على الميت وأنكر الورثة ثبوته على المُورث فللوصي إقامة البَيِّنة عليهم وإن لم يكن للوصي بينة فله أن يحلفهم آداب الأوصياء من فصل الضمان » .

٢٧١٩ - وإن كان غير ثابت بأحد هذه الثلاثة ولو كان الوصي يعلم به كأن أقرَّ الموصي قبل وفاته بين يدي الوصي بأن فلانًا يستحق عنده كذا أو عاين الوصي أن الموصي استهلك مال إنسان ولم يدفع بَدله حتى مات .

٢٧٢٠ - فقال بعضهم : له أن يقضي ذلك الدين . وقال البعض الآخر : ينبغي للوصي ألا يقضيه ويظهر أن هذا الخلاف بالنسبة للقضاء ، أما بالنسبة للديانة فله ذلك اتفاقًا كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلع على كتب الفقه .

٢٧٢١ - ويتفرع على ذلك : أن الوصي لو قضى هذا الدين ولم ترفع المسألة للقاضي فلا يلزم الوصي برد مثل الدين إلى التركة ويكون ناجيًا عند اللَّه تعالى اتفاقًا ؛ لأنه قضى دَيْنًا واجبًا على الموصي قَصَّر في أدائه .

٢٧٢٢ - أما إذا رفعت المسألة إلى القاضي ألزمه بدفع بدله متبعًا قول من لا يجوز له قضاء الدين في هذه الحالة ؛ لأنه المعول عليه ومحل ذلك إذا لم يكن للوصي بينة على ثبوت الدين .

٢٧٢٣ - فإن أراد إقامة البينة أجيب إلى طلبه ؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان فإن لم تكن له بينة وادعَى أن الورثة يعلمون هذا الدين سئلوا فإن صدقوه وهم من أهل التصديق فبها ، وإن أنكروا فله تحليفهم على نفي العلم بهذا الدين لا على نفي ثبوته دفعًا للضرر عنهم .

٢٧٢٤ - فإن حلفوا أنهم لا يعلمون بأن هذا الدين على مورثهم ضمنه الوصي ، وإن امتنعوا عن اليمين حكم القاضي ببراءة ذمته ؛ لأن امتناعهم بذل أو إقرار .

(مادة ٤٦٨)

لِلْوَصِيِّ إِذَا عَمِلَ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إِنْ كَانَ مُحْتَاجًا ، وَإِلَّا فَلَا أَجْرَ لَهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٣٠٢/٢ ، ٣٠٣) : « (سئل) في الوصي المختار إذا عمل في تركة الموصي أعمالًا شتى ولم يكن الموصي جعل له شيئًا فهل له أجر مثل عمله ؟
(الجواب) : نعم له أجر مثل عمله استحسانًا لو محتاجًا كما في الخانية ، والبزازية وهو المأخوذ به كما في الخيرية وحواشي الأشباه للحموي . (أقول) تقييده بقوله لو محتاجًا موافق لما في الآية الشريفة : ﴿ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ونص عبارة الخانية هكذا » وعن نصير للوصي أن يأكل من مال اليتيم ويركب دوابه إذا ذهب في حوائج اليتيم ، وقال بعضهم لا يجوز وهو القياس ، وفي الاستحسان يجوز أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجًا بقدر ما سعى . اهـ . » .

....

= ونحوه في البزازية وهذا صريح في أن الاستحسان أن له قدر أجر مثل عمله لو محتاجًا وظاهره أن له ذلك وإن لم يفرض له القاضي أُجرة لكن في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي ولا يأكل الوصي ولو محتاجًا إلا إذا كان له أجرة فيأكل قدر أجرته . ا هـ . والظاهر أن هذا مبني على القياس من أنه ليس له الأكل قال في أدب الأوصياء : والقياس أن لا يأكل ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ ﴾ ... إلخ . قال الفقيه : ولعل قوله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ فَقِيرًا ﴾ نسخ بهذه الآية قلت : فكأنه يميل إلى اختيار الثاني وهو قول الإمام قال في القنية : قال أبو ذر وهو الصحيح ؛ لأنه شرع في الوصاية متبرعًا فلا يوجب ضمانًا . ا هـ . قال الإسبيجابي في شرحه إلا إذا كان له أجر معلوم فيأكل بقدره . ا هـ . فقد ظهر بهذا أن الاستحسان هو أن له الأكل لو محتاجًا ولو لم يفرض له أجر وأن القياس أن لا يأكل مُطلقًا إلا إذا فرض له أجر على ما قاله الإسبيجابي في شرح الطحاوي وأن القياس هو قول الإمام وصححه أبو ذر ومَال إليه الفقيه وقد أفتى بذلك الخير الرملي حيث سئل في رجل أقامه القاضي وصِيًّا على يتيم ولم يفرض له إذ ذاك نفقة ثم فرض له أجرًا في مقابلة عمله فتناوله عن المدة الماضية الخالية عن الفرض هل له ذلك أم لا ؟ (أجاب) : ليس له ذلك لشروعه مُتبرعًا ، وهذا مما لا يشك في حرمته ذو فهم سليم ، وانظر إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ ﴾ ، والله تعالى أعلم . ا هـ . لكن قال في جواب سؤال آخر : هذه المسألة فيها اختلاف قياس واستحسان ففي الخانية ، والبزازية له ذلك لو محتاجًا استحسانًا ، وفي القنية صحح أن لا أجر له ، وقد تقرر أن المأخوذ به الاستحسان إلا في مسائل ليست هذه منها وإذا كان الاستحسان أن له ذلك بدون تعيين القاضي فبتعيينه أولى وأنت خبير بأن نقل القنية لا يعارض نقل قاضي خان فإن قاضي خان من أهل الترجيح كما صرح به الشيخ قاسم في تصحيحه ، والله تعالى أعلم . ا هـ .

ولا يخفى أن ما في القنية لم يقيد بالاحتياج فلا يخالف ما في الخانية على أن الذي في القنية يحتمل أن يكون مبنيًّا على القياس الذي هو قول الإمام ، ومَال إليه الفقيه فهو تصحيح للقول الآخر نقله عن غيره تأمل ، وقال الخير الرملي أيضًا في حاشيته على الأشباه في أواخر كتاب الأمانات بعد كلام طويل : ولا يخفى أن وصي الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر لا يجبر على العمل ؛ لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع فإذا رأى القاضي أن يعمل له أجرة المثل ، فما المانع منه وهي واقعة الفتوى ؟ وقد أفتيت به مرارًا . ا هـ . وقد علمت أن الاستحسان إنما هو فيما إذا كان محتاجًا لا مطلقًا ؛ فغير المحتاج لا أجر له ؛ لأنه دخل في الوصاية متبرعًا من أول الأمر وهو وإن كان لا يجبر على التجارة في مال اليتيم وعلى اقتضاء ديونه لكنه إذا فعل شيئًا من ذلك يكون قد فعل ما التزم أن يفعله مُتبرعًا حين قبوله الوصاية من الميت حتى كانت لازمة له فلا يملك عزل نفسه ولا يملك القاضي عزله في الصحيح إلا بخيانة ظاهرة أو فسق ظاهر وهذا في وصي الميت ، أما وصي القاضي فله عزل نفسه لكن في البزازية ينبغي أن يشترط علم القاضي بعزله وللقاضي عزله أيضًا ، وعلى هذا فينبغي التفصيل بأن يقال : إن وصي الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجًا فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله وللقاضي أن يفرض له ذلك لكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعًا ، وأما وصي القاضي فإن كان محتاجًا فكذلك وإلا فإن نصبه القاضي وجعل له أجرة المثل جاز ، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أُجرة ؛ لأن وصايته غير لازمة ؛ لأن له أن يعزل نفسه كما علمت فله أن يمتنع عن المضي في العمل إلا بأجر . =

٢٧٢٥ - من حيث إن الوصِي يصرف زمنًا من عمره في شؤون الصغير ولو صرفه في شؤون نفسه لازدادت ثروته فهو يستحق أُجرة على هذا العمل ولكن هذا ليس متفقًا عليه ؛ لأن بعضهم يفصل قائلًا الوصي إما أن يكون محتاجًا أو غير محتاج .

٢٧٢٦ - فإن كان الأول فله طلب الأُجرة .

٢٧٢٧ - وإن كان الثاني فليس له ذلك مُستدلا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

= وفي القنية : الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجرًا بقدر أجر المثل جاز ، وأما وصي الميت فلا أجر له على الصحيح . ا هـ . فقوله : على الصحيح إما مبني على تصحيح ما هو القياس كما قدمنا أو على الاستحسان وأن المراد لا أجر له إذا كان غير محتاج وعلى كل فلا يخالف ما تقدم عن الخانية كما مرَّ هذا ، وقد صحح في الخانية أن الوصي لو آجر نفسه من اليتيم لم يصح ، وفيها أيضًا قال : لك أجر مائة على أن تكون وصيي اختلفوا فيه ، قال نصير : الإجارة باطلة ، ولا شيء له ، وقال أبو سلمة : الشرط باطل ، والمائة وصية له ويكون وصيًا وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث . ا هـ . فإذا كان استئجار الأب له باطلًا فاستئجار القاضي أولى إلا إذا كان محتاجًا لكن الظاهر أن بطلان الإجارة إنما هو لموت الأب فإن الإجارة تبطل بالموت هذا غاية ما تحرر لي في هذه المسألة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٧٤/٣) : « (وإن خاف الوصي على المال) من استيلاء ظالم (فله تخليصه بشيء منه) ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ . قال الأذرعي : ومن هذا ما لو علم أنه لو لم يبذل شيئًا لقاضي سُوء لأنتزع منه المال وسَلَّمه لبعض خونته وأدى ذلك إلى استئصاله ويجب أن يتحرى في أقل ما يمكن أن يَرضَى به الظالم ، والظاهر تصديقه إذا نازعه المحجور عليه بعد رُشده في بذل ذلك ، وإن لم تدل القرائن عليه ، قال : ويقرب من هذا قول ابن عبد السلام يجوز تعييب مال اليتيم والسفيه والمجنون لحفظه إذا خيف عليه الغصب كما في قصة الخِضْر عليه السلام قال - أعني الأذرعي - : فلو نازعه المحجور عليه بعد رُشده في أنه لم يفعله لهذا الغرض ، فهل يصدق ؟ ينظر إن دلت الحال على صدقه ، فنعم ، وإلا فلا ، وفيه احتمال انتهى ، والأوجه التسوية بين هذا وما قاله آنفًا في أنه لا فرق ؛ لأن ذلك لا يعلم إلا منه غالبًا » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٣٦٧/٢) : « (ما قولكم) في الوصي أو المقام على أموال أيتام ، هل له أن يأخذ أُجرة منها أم كيف الحال ؟

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، نعم له أن يأخذ أُجرة منها بنظر القاضي . قال ابن سلمون : وللقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره إذا كان ذلك سِدادًا للأيتام . ا هـ . والله ﷻ أعلم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤٦/٦) : « ويجوز أن يجعل للوصِي جُعْلًا ؛ لأنها بمنزلة الوكالة ، والوكالة تجوز بجُعل ، فكذلك الوصية . وقد نقل إسحاق بن إبراهيم ، في الرجل يوصي إلى الرجل ، ويجعل له دراهم مسماة ، فلا بأس . ومقاسمة الوصي الموصَى له جائزة على الورثة ؛ لأنه نائب عنهم ، ومقاسمته للورثة على المُوصى له لا تجوز ؛ لأنه ليس بنائب عنه » .

(١) النساء : ٦ .

٢٧٢٨ - وبعضهم يقول : له أجر مُطلقًا ، أي : سواء كان محتاجًا أو غير محتاج إذا طلب ذلك ؛ لأنه إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر فلا يجبر على العمل ؛ لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع وهذا هو الظاهر والأجر لا يقدر بشيء معين بل يكون على قدر عمله .

(مادة ٤٦٩)

إِذَا كَبِرَ الصِّغَارُ ، فَلَهُمْ مُحَاسَبَةُ الْوَصِيِّ وَمَصَارِيفُهَا عَلَيْهِمْ. لَكِنْ لَوِ امْتَنَعَ عَنِ التَّفْصِيلِ ، لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ فِيمَا أَنْفَقَ . هَذَا إِنْ عُرِفَ بِالْأَمَانَةِ .

وَإِلَّا أُجْبِرَ عَلَى التَّفْصِيلِ بِإِحْضَارِهِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَتَخْوِيفِهِ بِلَا حَبْسٍ إِنْ لَمْ يُفَصِّلْ ، بَلْ يُكْتَفَى بِيَمِينِهِ فِيمَا لَا يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ مِمَّا هُوَ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ شَرْعًا [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٦/ ٧٢٠ ، ٧٢١) : « يقبل قول الوصي فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا في ثِنتي عشرة مسألة على ما في الأشباه : ادعى قضاء دين الميت ، وادعى قضاءه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، أو أن اليتيم استهلك مالًا آخر فدفع ضمانه ، أو أذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، أو أدى خراج أرضه في وقت لا يصلح للزراعة ، أو جعل عبده الآبق أو فداء عبده الجاني أو الإنفاق على محرمه أو على رقيقه الذين ماتوا أو الإنفاق عليه مما في ذمته وكذا من مال نفسه حال غيبة ماله وأراد الرجوع أو أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهي ميتة . الثانية عشرة : اتجر وربح ثم ادعى أنه كان مضاربًا والأصل أن كل شيء كان مسلطًا عليه فإنه يصدق فيه وما لا ، فلا ينصب القاضي وصيًا في سبعة مواضع مبسوطة في الأشباه : منها إذا كان له دين أو عليه أو لتنفيذ وصيته » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/ ٧٢) : « (فرع : يقبل قول الوصي) بيمينه إذا نازعه الولد بعد كماله (في دعوى التلف والإنفاق) عليه وعلى مُمَونه (وعدم الإسراف) في الإنفاق عليهم بأن ادعى ما يليق بحالهم ؛ لأن الأصل عدم الخيانة ولعسر إقامة البينة في الأخيرين (لا إن عين) قَدْر ما ادعاه من الإنفاق (وكذبه الحس) فلا يقبل قوله بل يقبل قول الولد في الزائد (ولا يقبل) قول الوصي (في تاريخ موت الأب) كأن قال : مات من ست سنين ، وقال الولد من خمس واتفقا على الإنفاق من يوم موته ؛ لأن الأصل عدم الموت في الوقت الذي يدعيه ولسهولة إقامة البينة على الموت ومثله ما لو نازع الولد الوالد أو الوصِي أو القيم في أول مدة ملكه للمال الذي أنفق عليه منه (ولا في) دعوى (رد المال) إليه بعد كماله ؛ لقوله تعالى ﴿ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ ولو قبل قوله لما احتيج إلى الإشهاد ؛ ولأن الأصل عدم الرد لسهولة إقامة البينة عليه . (و) لا في (بيعه لحاجة أو غبطة) ؛ لأن الأصل عدمهما واستمرار ملكه وتقدم هذا مع زيادة في كتاب الحجر وقيم الحاكم كالوصي فيما ذكر صرح به الأصل وكذا الأب والجد إلا في دعوى البيع لما ذكر فيصدقان بيمينهما لوفور شفقتهما كما مرَّ في كتاب الحِجر أيضًا ، وأما الحاكم ، فقال القمولي : إنه كالوصي وقال السبكي مرة : إنه يقبل قوله بلا يمين إن كان باقيًا على ولايته وإلا ففيه نظر وإطلاق صاحب التنبيه يقتضي أنه كالوصي وفي كلام الجرجاني إشارة إليه ثم قال مرة =

٢٧٢٩ - بما أن أموال الصغار تحت يد الوصي فهو الذي يقوم بجميع لوازمهم من هذه الأموال إلى أن يبلغوا رشدهم ، فإذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سُلِّمَت إليهم الأموال ؛ لأن المانع قد زال .

٢٧٣٠ - ولما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبق بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص ، احتيج إلى المحاسبة عليها ليستلموها على ما هي عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة ؛ لأنه قائم مقامهم والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون في مالهم لا في مال الوصي ؛ لأنها في فائدتهم وكل شيء يدعيه الوصي حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدقوه ؛ لأن الأموال ملكهم فلهم أن يقروا على ما يدعيه .

٢٧٣١ - وإن كذبوه ورفعوا الأمر إلى القاضي أحضره وسأله عن مقدار المال الذي صرفه في مدة صغرهم فعند جوابه إما أن يجمل أو يفصل ، فإن كان الأول بأن قال : صرفت عليهم خمسمائة جنيه (مثلًا) ، فإما أن يكون معروفًا بالأمانة أو لا .

٢٧٣٢ - فإن كان معروفًا بها وكان الظاهر لا يكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه .

٢٧٣٣ - وإن كان الظاهر يكذبه كما إذا كان المبلغ الذي يدعيه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة ، فإن ادعى سببًا مقبولًا كأن قال : اشتريت لهم طعامًا فسُرِق أو كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ما ذكر . صدق أيضًا إن لم يدع تكرار ذلك مرارًا .

= أخرى في فتوى بعد ذكره ما قاله في المرة الأولى : والذي يظهر لي الآن وهو الحق أنه يقبل قوله ، وإن لم يبق على ولايته ؛ لأنه حين تصرف كان نائب الشرع وأمينه مثله انتهى فعنده يقبل قولهما بلا يمين ، والأوجه أنه لا يقبل بدونها كالأب والجد (وإن بلغ) الصبي (مجنونًا أو سفيهًا استمرت ولاية الوصي) » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٥/٨) : « والقول له في قدر النفقة يعني أن الوصي إذا تنازع مع محجوره في قدر النفقة ، فإن القول قول الوصي ؛ لأنه أمين ، ولا بد من يمينه حيث أشبه وكان في حضانته ومثله ما إذا كان في كفالة أمه وهي فقيرة وكان أثر النعمة ظاهرًا على الولد ويحتمل أن الضمير في له للوصي الشامل لوصي الوصي وهو المتبادر من كلامه ومثله مقدم القاضي والحاضن والكافل . لا في تاريخ الموت ، ولا في دفع ماله بعد بلوغه يعني أن الوصي إذا تنازع مع الصبي في تاريخ الموت ، فقال الوصي مات منذ سنتين مثلًا والنفقة واصلة ، وقال الصبي : بل مات من نصف سنة مثلًا ، فإن القول في ذلك قول الصبي ، ولا يقبل قول الوصي إلا ببينة ، وإنما لم يقبل قوله : في تاريخ الموت ، وإن كان يرجع إلى قلة النفقة وكثرتها ؛ لأن الأمانة لم تتناول الزمان المتنازع فيه ، وكذلك لا يقبل قول الوصي إذا تنازع مع الصبي بعد بلوغه ورشده ، فقال الصبي : ادفع إلي مالي الذي عندك ، وقال الوصي : قد دفعته إليك بعد بلوغك ورشدك إلا ببينة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ أي : لئلا تغرموا على المشهور أو لئلا تحلفوا وظاهره ، ولو كانت المنازعة بعد طول فقوله بعد بلوغه متعلق بدفع ، وأما قبل البلوغ ، فلا يصدق ، ولو وافقه » .

٢٧٣٤ - وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفى منه بالإجمال ، بل يجبر على التفصيل بالطرق التي يراها القاضي مؤدية لذلك .

(مادة ٤٧٠)

إِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ مُجَهِّلًا مَالَ الْيَتِيمِ ، فَلَا ضَمَانَ فِي تَرِكَتِهِ .

فَإِنْ مَاتَ غَيْرَ مُجَهِّلٍ مَالَ الْيَتِيمِ ، وَكَانَ الْمَالُ مَوْجُودًا فَلَهُ أَخْذُهُ بِعَيْنِهِ . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ بِعَيْنِهِ بِأَنْ كَانَ مُسْتَهْلَكًا ، فَلَهُ أَخذ بَدَلِهِ مِنْ تَرِكَةِ الْوَصِيِّ (١) .

* * *

٢٧٣٥ - محل هذه الأحكام إن كان الوصي حيًا ، وحوسب على الأموال . فإن مات قبل المحاسبة فإما أن يبين أموال الصغير أو يجهلها فإن كان الأول بأن بين كل ما يستحقه الصغير عنده من نقود وغيرها فإما أن توجد كل الأشياء التي بينها أو لا .

٢٧٣٦ - فإن وجدت كانت كلها مملوكة للصغير وإن لم توجد أخذ بدلها من تركته .

٢٧٣٧ - وإن كان الثاني بأن لم يبين فالأشياء التي توجد من أموال الصغير يستحقها ، والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركته .

٢٧٣٨ - وانظر هذا مع قولهم : إن الوصي أمين . وقولهم : الأمين يضمن بموته مجهلًا الأمانة كما إذا أودع شخص عند غيره شيئًا ومات المودع ولم يبين الوديعة ولم توجد في تركته أو استأجر شخص من آخر شيئًا أو استعار ومات كل منهما مجهلًا المستأجر والمستعار ولم يوجدا في الأشياء التي تركها فإن هذه الأشياء التي تركها فإن هذه الأشياء تكون مضمونة في تركة المودع والمستأجر والمستعير ، فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة ؛ لأن قضاء الديون مُقدم على استحقاق الورثة .

٢٧٣٩ - وقد يجاب عنه : بأن الوصي وإن اشترك مع من ذكروا في أن كُلًّا منهم أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو أن الوصي له أن يتصرف في أموال الصغير بما يراه

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤١٨) : « إذا مات الوصي مجهلًا فلا ضمان عليه وكذا القاضي إذا مات مجهلًا أموال اليتامى عند من أودعها لا ضمان عليه ؛ إذ المودع غيره وللقاضي ولاية الإيداع ، ولو وضع القاضي مال اليتيم في بيته ومات مجهلًا ضمن ؛ لأنه مودع وكذا الأب إذا مات مجهلًا مال ابنه لا ضمان عليه ، وقيل يضمن من الفصولين ومعنى موته مجهلًا أن لا يبين حال الأمانة ومعنى ضمانها صيرورتها دَيْنًا في تركته كذا في الأشباه من الأمانات » .

صالحًا بخلاف من ذكروا فيحمل على أنه تصرف فيها وهلك ثمنها أو ضاعت بدون تعدٍّ منه ولم أرَ خلافًا في هذا الموضوع .

(مادة ٤٧١)

يُصَدَّقُ الْوَصِيُّ بِيَمِينِهِ فِيمَا هُوَ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ شَرْعًا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ [(١)] .

* * *

٢٧٤٠ - [إذا أجبر الوصي عند محاسبته على] التفصيل بالطرق التي يراها القاضي مؤدية لذلك ، ولكن لا يحبسه فإن بين لكل جهة مقدارًا من المال ، فإما أن يكون مسلطًا شرعًا على الصرف في تلك الجهات أوْ لا يكون . فإن كان الأول صدق إن لم يكذبه الظاهر، كما إذا قال صرفت في سنة كذا مائة وخمسين جُنيهًا ، ثمانون منها للنفقة ، وعشرون للتعليم ، والأولاد صالحة له ، وثلاثون لخراج الأرض وعشرون لعوائد الأملاك ، وكان الظاهر لا يكذبه في كل ذلك صدق أيضًا ؛ لأنه مسلط شرعًا على مثل هذه التصرفات .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمود الحموي (٣/ ٢٦٢) : « ويقبل قول الوصي فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا في ثلاث ، في واحدة اتفاقًا وهي فيما إذا فرض القاضي نفقة ذي الرحم المحرم على اليتيم فادعى الوصي الدفع كذا في شرح المجمع معللًا بأن هذا ليس من حوائج اليتيم وإنما يقبل قوله فيما إذا كان من حوائجه (انتهى) . فينبغي أن لا تكون نفقة زوجته كذلك ؛ لأنها من حوائجه . ولا يشكل عليه قبول قول الناظر فيما يدعيه من الصرف على المستحقين بلا بينة ؛ لأن هذا من جملة عمله في الوقف ، وفي اثنتين اختلاف . لو قال : أديت خَراج أرضه ، أو جُعْل عبده الآبق . قال أبو يوسف رحمه الله : لا بيان عليه . وقال محمد رحمه الله : عليه البيان ، كما في المجمع . والحاصل أن الوصي يقبل قوله فيما يدعيه إلا في مسائل : الأولى : ادعى قضاء دَيْن الميت . الثانية : ادعى أن اليتيم استهلك مال آخر فدفع ضمانه . الثالثة : ادعى أنه أدى جُعْل عبده الآبق من غير إجارة . الرابعة : ادعى أنه أدى خَراج أرضه في وقت لا تصلح للزراعة . الخامسة : ادعى الإنفاق على محرم اليتيم . السادسة : ادعى أنه أذن لليتيم في الإجارة ، وأنه ركبته ديون فقضاها عنه . السابعة : ادعى الإنفاق عليه من مال نفسه حال غيبة ماله ، وأراد الرجوع . الثامنة : ادعى الإنفاق على رقيقه الذين ماتوا . التاسعة : اتجر وربح ثم ادعى أنه كان مُضاربًا . العاشرة : ادعى فداء عبده الجاني . الحادية عشرة : ادعى قضاء دَيْن الميت من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها . الثانية عشرة : ادعى أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهي ميتة . الكل في فتاوى العتابي من الوصايا ، وذكر ضابطًا وهو أن كل شيء كان مسلطًا عليه فإنه يصدق فيه وما لا فلا » .

(مادة ٤٧٢)

لَا يُصَدَّقُ الْوَصِيُّ بِيَمِينِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي لَمْ يَكُنْ مُسَلَّطًا عَلَيْهَا شَرْعًا ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ (١) .

* * *

٢٧٤١ – وإن كان الثاني وهو ما إذا ادعى شيئًا لم يكن مُسلطًا عليه شرعًا فلا يقبل قوله ، ولو حلف إلا إذا أقام بينةً وهذا يتحقق في مسائل كثيرة :

٢٧٤٢ – منها : ما إذا ادعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاضٍ فإنه في هذه الحالة يكون ضامنًا إلا إذا أقام بينة على ذلك ولكن لابدَّ من أن يقيمها على أن الديْن ثابت ودفعة من مال الصغير ، أما مجرد إقامة البينة على قضاء الديْن فليس كافيًا في عدم الضمان وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٦٨) فارجع إليه إن شئت .

٢٧٤٣ – ومنها : ما إذا ادعى أنه قضى دَيْنًا على اليتيم من مال نفسه ويريد أخذه من مال الصغير الآن ، فلا يصدق في ذلك إلا إذا أقام بينة على أدائه من ماله ليرجع به في مال الصغير وقد تقدم هذا أيضًا في شرح مادة (٤٦٧) وما فيه من الخلاف والظاهر من كلامهم فيه فراجعه .

٢٧٤٤ – ومنها : ما لو قال الوصي لليتيم : إنك استهلكت مال لفلان في صغرك فأديت بدله من مالك فقال الصغير : لم أستهلك شيئًا . فلا يصدق الوصي إلا إذا أقام بينة على استهلاكه للمال ودفع بدله لمالكه ، وكذا لو ادعي في هذه الحالة أنه دفع بدله من مال نفسه وأراد أخذه من مال الصغير فلا بد من إقامة البينة على الاستهلاك وعلى أنه دفع من ماله ليرجع على ما تقدم من الخلاف في هذه المسألة .

٢٧٤٥ – ومنها : ما إذا قال الوصي : فرض القاضي لأخيك الذي يستحق النفقة في مالك كل شهر كذا فأديت له منذ خمس سنين (مثلًا) . وهو ينكر ففي هذه المسألة لا يقبل قول الوصي فيكون ضَامِنًا ما لم يقم البينة على فرض القاضي وإعطاء المفروض للأخ ؛ لأن هذا ليس من حوائج اليتيم والوصِي إنما يقبل قوله فيما كان من حوائجه .

٢٧٤٦ – ومنها : ما إذا ادعى أنه أذن له في التجارة فخسر وصار مَدِينًا فقضي

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

الديون التي لزمته من ماله فإن لم يقره الصغير على ذلك فلا يصدق إلا إذا أقام بينة .

٢٧٤٧ – ومنها : ما إذا ادعى أنه أدى خَراج الأرض ولكن هذا ليس على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا كان ادعاؤه في وقت لا تصلح الأرض للزراعة أما لو كانت الأرض صالحة لها كان القول له بلا إقامة بينة ؛ لأن الحال شاهد له بخلاف الأول ويظهر أن هذا مقيد بما إذا كان الاختلاف في دفع خراج هذه السنة ؛ لأنها لو كانت صالحة الآن وكانت الدعوى بعدم صلاحيتها للزراعة قبل هذا التاريخ والوصِي يدعي دفع الخراج في الوقت الذي كانت غير صالحة فيه .

٢٧٤٨ – فمتى أثبت ذلك بالبينة قبلت ولكن بعد إثباته أنه بذل كل ما في وسعه لرفع الظُلم ولم يرتفع بأن قرر من عاين الأطيان من قبل الحكومة إنها تستغل فيدفع عنها الخَراج فعارض في ذلك ولم تسمع شكواه فإنه – والحالة هذه – يكون مُضطرًا في الدفع فيقبل قوله متى أثبته ، وما على الصغير بعد بلوغه رشده إلا أن يرفع ظلامته إلى الاختصاص ليرد إليه ما أخذ من أمواله ظُلمًا .

٢٧٤٩ – فالظاهر أنه لا ينظر إلى أن الأرض صالحة للزراعة أو غير صالحة وقت الخصومة بل ينظر إليها في الوقت المُدعَى دفع الخَراج فيه وظروف الدعوى وأحوالها وإثباتها وعدمه .

٢٧٥٠ – ومنها : ما إذا ادعَى أنه زوجه امرأة في صغره ودفع له المهر ولكن إن كانت المرأة حية صدق ؛ لأن وجودها أقوى شاهد على ما يدعيه فإن كانت المرأة ميتة فلا يقبل قوله إلا إذا أقام بينة .

٢٧٥١ – وانظر هذا مع ما تقدم لك في مادة (٣٨) من أن الوصي لا يجوز له أن يزوج اليتيم واليتيمة .

٢٧٥٢ – ولو أوصى إليه الأب بذلك اللّهم إلا أن يكون هذا جاريًا على الرواية القائلة بأن الوصي يملك التزويج أو أوصى إليه الأب به أو تكون المسألة مفروضة في وصي له الولاية على النفس من جهة القرابة كالأَخ والعم .

٢٧٥٣ – ومنها : ما إذا ادعى الوصِي أنه يستحق في مال الصغير خمسين جنيهًا ؛ لأنه اتجر في خمسمائة جنيه منها فربح مائة وإن هذه التجارة لم تكن للصغير خاصة ؛ بل الوصي له نصف الربح ؛ لأنه كان مضاربًا ، أي : آخذًا مال الصغير يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما نِصفين .

٢٧٥٤ - فإذا لم يصدقه الصغير في ذلك فلا يصدق قوله ولو حلف فإن ، أقام بينة قبلت واستحق نصف الربح . ولا بد من تخريج هذه المسألة على قول من يجوز أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة أما على رأي من لا يجوز ذلك وهو المعول عليه في هذا الزمان كما نصَّ عليه الفقهاء في مواضع كثيرة فلا يستحق من الربح شيئًا ولو أقام البينة على أنه كان مضاربًا .

٢٧٥٥ - ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار في الجزء الخامس صحيفة (٧٠٤) وما بعدها والفتاوى الهندية في الجزء السادس صحيفة (١٥٥) وما بعدها .

(مادة ٤٧٣)

لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَصِي فِيمَا يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ [1] .

* * *

٢٧٥٦ - تقدم في شرح المادة (٤٦٨) أنه إن كان الظاهر يكذب الوصي، كما إذا كان المبلغ الذي يدعيه يزيد عن لوازم أوصيائه في تلك المدة ، فإن ادعى سببا مقبولًا ، كأن قال : اشتريت لهم طعامًا فسُرق ، أو كِسوة فاحترقت ، فاشتريت لهم بدل ما ذكر صدق أيضًا ، وإن لم يدع تكرار ذلك مرارًا .

(مادة ٤٧٤)

يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَصِي فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْيَتِيمِ أَوْ مُوَرِّثِهِ إِلَّا فِي مَسَائِلَ ، منها :
مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ قَضَى دَيْنَ الْمَيِّتِ بِلَا أَمْرِ قَاضٍ .
أَوِ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْ مَالِهِ .
أَوْ أَن الْيَتِيمَ اسْتَهْلَكَ فِي صِغَرِهِ مَالًا لآخر ، فَأَدَاهُ عَنْهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ مَالِ الْيَتِيمِ .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٨٩/٢) : « أنه ويقبل قول الوصي بيمينه في قدر الإنفاق حيث كان نفقة المثل في مدة تحتمله ولا يكذبه الظاهر كما صرح بذلك علماؤنا - رحمهم الله تعالى - كما في بيوع أدب الأوصياء ودعوى الأشباه . وفي فتاوى العلامة ابن نجيم من أول كتاب الوصايا ، سئل في الوصي إذا أنفق على اليتيم من ماله بلا تقدير من الحاكم ، هل له ذلك ويصدق بيمينه ، أجاب : نعم ، له ذلك ، ويصدق بيمينه فيما يصدقه الظاهر . ا هـ . » .

أَوْ أَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَحْرَمٍ لِلْيَتِيمِ .

أَوِ ادَّعَى أَنَّهُ أَدَّى خَرَاجَ أَرْضِهِ ، وَكَانَ ادِّعَاؤُهُ فِي وَقْتٍ لَا تَصْلُحُ الأَرْضُ لِلزِّرَاعَةِ .

أَوْ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ فَرَكِبَتْهُ دُيُونٌ فَقَضَاهَا عَنْهُ .

أَوْ أَنَّهُ زَوَّجَهُ امْرَأَةً وَدَفَعَ لَهُ مَهْرَهَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَالْمَرْأَةُ مَيِّتَةٌ .

أَوِ اتَّجَرَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَرَبِحَ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مُضَارِبًا .

فَفِي هَذِهِ الصُّوَرِ كُلِّهَا إِذَا أَنْكَرَ الْيَتِيمُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، ضَمِنَ الْوَصِيُّ مَا لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ عَلَى دَعْوَاهُ .

* * *

٢٧٥٧ - [تقدم قبول قول الوصي فيما يدعيه من التصرفات إن صدقه الظاهرة ، واحتمله ظروف الموصى عليهم ، وقد تقدم كذلك عدم قبول قوله فيما يكذبه الظاهر ، كما في هذه المسائل الواردة في هذه المادة] .

(مادة ٤٧٥)

يَنْبَغِي لِلْوَصِي أَلَّا يَدْفَعَ لِلصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيَّةِ مَالَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ إِلَّا بَعْدَ تَجْرِبَتِهِمَا وَاخْتِبَارِهِمَا فِي التَّصَرُّفَاتِ . فَإِنْ آنَسَ مِنْهُمَا رُشْدًا وَصَلَاحًا دَفَعَ إِلَيْهِمَا الْمَالَ ، وَإِلَّا فَلَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٠١) : « (لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيدًا تدفع إليه أمواله حينئذٍ) . إذا بلغ الصبي مجهول الحال ، فبما أنه لا يتحقق رُشده بمجرد بلوغه كما يستفاد من المادة الآتية ، فلا ينبغي أن يستعجل في إعطائه ماله عند بلوغه بل يُجرَّب رُشده ، ويجب أن لا يفهم من قوله (يُجَرب) أن يكون ذلك على الاختيار بل يلزم عدم إعطائه ماله إذا لم يثبت رُشده . لكن ترك التجربة لا يوجب الضمان بناء على ما أفاد صاحب التنقيح من الإيضاحات ويوجب الضمان بناء على ظاهر بيان الولوالجية ، والعلامة الشبلي . وعليه فإذا تحقق كون ذلك الصبي رشيدًا تدفع إليه أموال حينئذٍ ويكفي لإعطائه ماله عِلم الوصي برُشده وصلاحه ، حتى إنه لو شوهدت حال كهذه في الصبي قبل بلوغه ، فللوصي أن يسلم الصغير أمواله ولا يلزم الوصي بعد ذلك ضمان » .

(مادة ٤٧٦)

إِذَا بَلَغَ الوَلَدُ عَاقِلًا ، فَجَمِيعُ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ ، وَيَلْزَمُهُ أَحْكَامُهَا ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَلِيِّهِ أَوْ وَصِيِّهِ إِنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الحَجْرُ بِأَمْرِ الحَاكِمِ .

* * *

٢٧٥٨ - وبما أن أموال الصغير ما سُلِّمَت للوصي لحفظها وتنميتها واستثمارها إلا لكون الصغير عاجزًا عن ذلك ؛ لأنه لا يهتدي إلى ما فيه نفعه فلا يحسن التصرف فيها ، فإذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن صار قادرًا على إدارة شؤون أمواله بنفسه محسنًا للتصرف فيها فقد انتهت مأمورية الوصي ومتى كان هذا الوصف موجودًا فولايته مستمرة ، سواء كان بعد البلوغ أو قبله .

٢٧٥٩ - وينبني على ذلك المسائل الآتية :

٢٧٦٠ - **أولًا** : إذا بلغ الصغير رشيدًا أي مُحسنًا للتصرف في ماله فما على الوصي إلا تسليمه إليه .

٢٧٦١ - ولما كان ظهور الرُشد لا يعلم إلا بالتجربة والاختبار ، فالواجب على الوصي أن لا يدفع له المال إلا بعدهما بأن يدفع إليه شيئًا من ماله ، ويأذن له بالتجارة فيه ، فإن أحسن التصرف فيه سُلِّم إليه الباقي ، وإلا فلا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾ (١) .

٢٧٦٢ - فمتى بلغ الولد متصفًا بهذا الوصف وباشر أي عقد من العقود فإنه يكون نافذًا بلا توقف على إجازة الولي أو الوصي ، فإذا باع شيئًا من أملاكه أو اشترى شيئًا من آخر وامتنع من له الولاية على أمواله ، سواء كان الوصي أو غيره من تسليم المبيع للمشتري أو تسليم الثمن إلى البائع من أموال الصغير مدعيًا أنه محجور عليه فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على إجازته فلا يقبل قوله ، بل يجبر على تسليم ما ذكر إلا إذا كان محجورًا عليه بأمر الحاكم .

(١) النساء : ٦ .

(مادة ٤٧٧)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ غَيْرَ رَشِيدٍ ، فَلَا يُسَلَّمُ الْمَالُ إِلَيْهِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً ، مَا لَمْ يُؤْنَسْ رُشْدُهُ قَبْلَهَا (١) .

* * *

٢٧٦٣ - **ثانيًا** : إذا بلغ الصغير غير رُشد فلا يسلم الوصي المال إليه إلا إذا ظهر رشده ولو استمر طول عمره ولكن هذا ليس متفقًا عليه بل هو مذهب الصاحبين .

٢٧٦٤ - وقال الإمام الأعظم - رضي الله تعالى عنه - : إذا بلغ غير رشيد فلا

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦/٥) : « اليتيم إذا بلغ بالسن رشيدًا وماله في يد وَصِيه أو وَلِيه ، فإنه يدفع إليه ماله ، وإن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة ، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله يدفع إليه مالُه يتصرف فيه ما شاء ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - : لا يدفع إليه ماله بل يمنع عنه ، وإن بلغ سبعين سنة أو تسعين ما لم يؤنس منه الرشد ، وإن بلغ اليتيم سفيهًا عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ تصرفاته ؛ لأنه لا يرى الحجرَ على الحُر العاقل البالغ ، وعند صاحبيه بعدما حجر عليه القاضي لا تنفذ تصرفاته ؛ إلا أن القاضي يمضي من تصرفاته ما كان خيرًا للمحجور بأن ربح فيما باع والثمن قائم في يده أو حوبي فيما اشترى ، فإن بلغ اليتيم مصلحًا فاتجر بماله وأقرّ بديون ووهب وتصدق وغير ذلك ثم فسد وصار بحال يستحق الحجر ، فما صنع من التصرفات قبل الفساد تكون نافذة ، وما صنع بعدما فسد تكون باطلة عند محمد رحمه الله تعالى ، حتى لو رفع إلى القاضي يمضي ما فعل قبل الفساد ويبطل ما فعل بعد الفساد ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله بنفس الفساد لا يصير محجورًا ما لم يحجر عليه القاضي ، حتى لو رفع ذلك إلى القاضي يحجر عليه ويمضي ما فعل قبل الحجر وهو عنده بمنزلة الحجر بسبب الديْن ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢١٤/٢٢ ، ٢١٥) : « وإذا بلغ غير رشيد وكان عاقلًا كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه عند أبي حنيفة إلا أنه لا تسلم إليه أمواله ، بل تبقى في يد وليه أو وصيه حتى يثبت رُشده بالفعل ، أو يبلغ خمسًا وعشرين سنة ، فإذا بلغ هذه السن سُلِّمت إليه أمواله ، ولو كان مبذرًا لا يحسن التصرف ؛ لأن منع المال عنه كان على سبيل الاحتياط والتأديب ، وليس على سبيل الحجر عليه ؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الحِجر على السفيه ، والإنسان بعد بلوغه هذه السن وصلاحيته لأن يكون جدًّا لا يكون أهلًا للتأديب .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية: إن الشخص إذا بلغ غير رشيد كملت أهليته ، ولكن لا ترتفع الولاية عنه ، وتبقى أمواله تحت يد وليه أو وصيه حتى يثبت رشده ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ۞ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ فإنه منع الأولياء والأوصياء من دفع المال إلى السفهاء ، وناط دفع المال إليهم بتوافر أمرين : البلوغ والرشد ، فلا يجوز أن يدفع المال إليهم بالبلوغ مع عدم الرشد » .

يسلم إليه المال في الحال ينتظر فإن صار رشيدًا بعد البلوغ قبل أن يصير عمره خمسًا وعشرين سنة سُلِّم إليه وإلا فلا .

٢٧٦٥ - فإن بلغ هذا السن سلم إليه المال وإن كان غير رَشيد (والرشد هنا حسن التصرف في المال) .

٢٧٦٦ - واستدل الصاحبان بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ (١) ، وبقوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (٢) . فإنه نهانا عن الدفع إليه ما دام سفيهًا وأمرنا بالدفع إذا وجد منه الرشد ، فلا يجوز تسليم المال إليه قبل وجوده .

٢٧٦٧ - وإن منع ماله عنه لعلة السفه فيبقَى المنع ما بقيت العلة ؛ لأن الحكم يدور معها وجودًا وعدمًا . واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ ﴾ (٣) . والمراد به بعد البلوغ وإنما سُمي يتيمًا لقربه منه .

٢٧٦٨ - ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السَّفَه باعتبار أثر الصِّبَا فقدرناه بخمس وعشرين سنة ؛ لقول أهل الطبائع : من بلغ خمسًا وعشرين سنة ، فقد بلغ رُشده . ألا ترى أنه قد بلغ سِنًّا يتصور أن يكون فيه جدًّا .

٢٧٦٩ - ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده .

٢٧٧٠ - وهذا مبني على الخلاف في جواز الحَجر على السَّفِيه وعدمه ، فالصاحبان يقولان بالحَجْرِ عليه والإمام لا يراه ، والظاهر والمفتَى به مذهب الصاحبين ، وسيأتي لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٨٧) .

(مادة ٤٧٨)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ مُفْسِدًا لِمَالِهِ وَهُوَ فِي حِجْرِ وَصِيِّهِ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالُ عَالِمًا بِفَسَادِهِ عِنْدَ الْبُلُوغِ ، وَضَاعَ الْمَالُ ، ضَمِنَهُ الْوَصِيُّ .

وَكَمَا يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ وَهُوَ مُفْسِدٌ ، فَكَذَا قَبْلَ ظُهُورِ رُشْدِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ حَيْثُ عَلِمَ عَدَمَ

(١) النساء : ٥ .
(٢) النساء : ٦ .
(٣) النساء : ٢ .

رُشْدِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ [١] .

* * *

٢٧٧١ – وينبني على ما ذكر : أنه إذا بلغ الولد غير رشيد وسلم إليه الوصي المال قبل بلوغه خمسًا وعشرين سنة أو قبل أن يظهر رُشْده فضاع المال عنده ضمن الوصي مثل ما سَلَّمه له ؛ إذ بتسليمه له وهو غير رَشيد يكون قد أعطاه لغير من هو أهل لحفظه فيكون مُتعديًا فيضمن .

٢٧٧٢ – فإن كان التسليم بعد بلوغه هذا السن مع استمرار عدم الرشد ضمن المال إذا ضاع الصاحبين وهو المعول عليه لا عند الإمام .

(مادة ٤٧٩)

إِذَا ظَهَرَ رُشْدُ الْغُلَامِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ الْمَالَ ، فَضَاعَ عِنْدَهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَصِيِّ [٢] .

* * *

٢٧٧٣ – **ثالثًا** : إذا ظهر رُشد الولد قبل البلوغ فسَلَّم الوصي إليه المال فضاع عنده فلا ضمان عليه ؛ لأنه سَلَّمه إلى مالكه بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم ، وهو عدم الاهتداء إلى التصرف فيه بظهور الرشد وهو حسن التصرف في المال .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤٣٨) : « يتيم أدرك مفسدًا غير مصلح وهو في حجر وصيه فسأل وصيه أن يدفع إليه المال فدفعه فضاع المال في يده ضمن الوصي ، حجر عليه القاضي أو لم يحجر – من قاضي خان – وكذلك لو أودعه إياه . ذكره في الوجيز » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/١٤٧ ، ١٤٨) : « وفي المنح عن الخانية : يتيم أدرك مفسدًا غير مصلح وهو في حِجر وصيه حجر عليه القاضي أو لم يحجر فسأل وصيه أن يدفع إليه ماله فدفع إليه وضاع المال في يده ضمن وصيه ؛ لأن دفع المال إليه مع علمه بأنه مضيع تضييع فيضمن ، ولو دفع إليه وهو صبي مصلح وأذن له في التجارة فضاع في يده لم يضمن ا هـ . فهذا كله يدل على أن علم الوصي بصلاحه ورشده يكفي في جواز دفع المال إليه ولو قبل البلوغ فلا يضمن الوصي وأنه لو علم عدم رشده لا يجوز ويضمن ، نعم ، لو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصي لا يؤمر الوصي بتسليم المال إليه ما لم يثبت رشده » .

(مادة ٤٨٠)

إِذَا ادَّعَى الصَّبِيُّ الرُّشْدَ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، وَأَنْكَرَهُ الْوَصِيُّ ، فَلَا يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إليه ، مَا لَمْ يَثْبُتْ رُشْدُهُ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ .

وَإِذَا ثَبَتَ الرُّشْدُ ، وَحُكِمَ لَهُ بِهِ ، وَطَلَبَ مِنَ الْوَصِيِّ مَالَهُ ، فَمَنَعَهُ مَعَ تَمَكُّنِهِ مِنْ دَفْعِهِ ، وَهَلَكَ فِي يَدِهِ ضَمِنَهُ (١) .

* * *

٢٧٧٤ - فقد ظهر من هذا أنه متى وجد حُسن تصرف الولد في ماله سُلِّمَ إليه ، سواء كان قبل البلوغ أو بعده . ومتى لم يوجد فلا يُسَلَّم إليه وإن صار شيخًا على ما هو معول عليه .

٢٧٧٥ - ولما كان الرشد غير محسوس بل يستدل عليه بالتصرفات كان لا بد من إثباته بحجة شرعية ؛ فإذا ادعاه الولد بعد بلوغه مريدًا أخذ ماله والوصي ينكره .

٢٧٧٦ - وينبني على هذا : أن الوصي لا يؤمر بتسليم المال إليه قبل إثبات الرشد فإن ثبت وحكم به القاضي وطلب الولد مَالَه من الوصي أجبر على التسليم .

٢٧٧٧ - فإن هلك منه شيء بعد المنع فإن كان قادرًا على التسليم بأن كان المال حاضرًا وهو متمكن من إعطائه له ضمن ما هلك ؛ لأنه متعد في المنع وإن كان غير قادر بأن كان المال غير حاضر وجد في إحضاره ليسلمه ولكن قبل حضوره هلك من غير تعديه فلا يضمن .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١٤٨/٢) : « لو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصي لا يؤمر الوصي بتسليم المال إليه ما لم يثبت رشده » .

الباب الثاني
في الحَجْر والمراهقة والبلوغ

الفصل الأول
في الحَجْر

(مادة ٤٨١)

يُحْجَرُ عَلَى : الصَّغِيرِ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْمَعْتُوهِ ، وَذِي الْغَفْلَةِ ، وَالسَّفِيهِ ، وَالْمَدْيُونِ (١) .

* * *

٢٧٧٨ - اعلم اللَّه تعالى خلق بني آدم على أشرف خلقة وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام وهو العقل ، وبه يسعد من سعد ، فمن مَنَّ اللَّه عليه بكماله ، أدرك نتيجة أعماله فيتبصر ويتدبر قبل الشروع في أي عمل يريده .

٢٧٧٩ - فإن كانت النتيجة محمودة أقدم وإلا أحجم ، وهذا لا ينازعه أحد في

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤/٥) : « قال القدوري : الأسباب الموجبة للحَجْر الصغر ، والجنون ، والرق ، وهذا بالإجماع ، هكذا في العيني شرح الهداية » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٥/٢ ، ٢٠٦) : « والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾ الآية وقوله : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا ﴾ الآية والسفيه المبذر ، والضعيف الصبي ، والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله ، والحَجْر نوعان : نوع شرع لمصلحة الغير كالحَجْر على المفلس للغرماء والراهن للمرتهن في المرهون ، والمريض للورثة في ثلثي ماله ، والعبد لسيده ، والمكاتب لسيده ولله - تعالى ، والمرتد للمسلمين ، ولها أبواب تقدم بعضها ، وبعضها يأتي ، ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه وهو ثلاثة حَجْر الجنون ، والصبا ، والسفه ، وكل منها أعم مما بعده وقد ذكرها بقوله : (والمحجور عليهم لمصلحتهم ثلاثة : المجنون ، والصبي ، والسفيه) » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٨٣/٦) : « المجنون محجور للإفاقة ، والصبي لبلوغه بثمان عشرة ، أو الحلم ، أو الحيض ، أو الحمل ، أو الإنبات ، وهل إلا في حق اللَّه تعالى ؟ ! ، تردد وصدق إن لم يرب » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣١٨/٥) : « المحجور عليه لحظه ، وهو الصبي ، والمجنون ، والسفيه ، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن) ، وهذا المذهب في الجملة ، وعليه الأصحاب ، وظاهره : إن هبة الصبي لا تصح ، ولو كان مميزًا ، وهو صحيح ، وهو المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب ، وسئل الإمام أحمد ﷺ : متى تصح هبة الغلام ؟ ! ، قال : ليس فيه اختلاف إذا احتلم ، أو يصير ابن خمس عشرة سنة ، وذكر بعض الأصحاب رواية في صحة إبرائه ، فالهبة مثله ، ويأتي : هل تصح وصيته وغيرها ، أم لا ؟ » .

تصرفاته ، أما من كان فاقد العقل أو ناقصه ، فإنه من غير شك لا يهتدي إلى النافع والضار ؛ ولذا لم يتركه الشارع وشأنه ؛ بل حَجْر عليه فمنعه من التصرفات على الطريقة التي ستلقى عليك، وجعل كامل العقل قوامًا عليه رحمة به ، إذا لولا ذلك لاستنفد من يعامله جميع ماله باحتياله الكامل ، إذن نعرف لك معنى الحَجْر وأسبابه فنقول :

معنى الحَجْر

٢٧٨٠ - الحَجْر له معنيان معنى في اللغة ، ومعنى في الاصطلاح ، فمعناه في اللغة : المنع مطلقًا ، أي : سواء كان منعًا عن التصرفات أو غيرها ، ومن هذا المعنى سمي العقل : حجْرًا ؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح ، قال تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ (١) . أي : لذي عقل .

٢٧٨١ - ومعناه في اصطلاح الفقهاء : منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص ، أو عن نفاذه .

٢٧٨٢ - وبيانه : أنه بالنسبة للمجنون والصبي الغير المميز منع عن أصل التصرفات القولية مطلقًا ، وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن أصل التصرفات الضارة ضررًا محضًا ، كالهبة وعن نفاذ التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء ، وبالنسبة للسفيه منع عن نفاذ التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل ، كالبيع والإجارة ، وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضر بحقوق الدائنين ، وستعرف كل ذلك مفصلًا عند التكلم على أسبابه .

أسباب الحَجْر

٢٧٨٣ - أسباب الحَجْر على ما ذكره هنا ستة وهي : الصغر ، والجنون ، والعته ، والغفلة، والسفه ، والدَّيْن ، فكل شخص متصف بوصف من هذه الأوصاف يحَجْر عليه .

٢٧٨٤ - وحينئذٍ يحَجْر على الصغير ، والمجنون ، والمعتوه ، وذي الغفلة ، والسفيه ، والمديون ، ولكن الثلاثة الأول متفق على الحَجْر بوجودها والباقي مختلف فيه ومع ذلك فليسوا سواء في المنع من التصرفات ، بل هم مختلفون بحسب الصفات وإليك البيان :

---

(١) الفجر : ٥ .

الحَجْر على الصغير والمجنون

(مادة ٤٨٢)

الصَّغِيرُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ تَصَرُّفَاتُهُ الْقَوْلِيَّةُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ ، وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ الْمُطْبَقُ الَّذِي لَا يُفِيقُ بِحَالٍ . وَأَمَّا مَنْ يُجَنُّ وَيُفِيقُ ، فَتَصَرُّفَاتُهُ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ حُكْمُهَا حُكْمُ تَصَرُّفَاتِ الْعَاقِلِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها ، فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ، ولا يصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ، ولا أهلية بدون العقل » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٤٤/٣ ، ١٤٥) : « (ولو فسق) مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيدًا (لم يحجر عليه في الأصح) ؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، والثاني : يحجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر ، وفرق الأول بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا بأن الأصل ثم بقاؤه ، وهنا ثبت الإطلاق ، والأصل بقاؤه ، وبينه وبين الحَجْر بعود التبذير بأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه بخلاف التبذير (و) على أنه لا بد من حَجْر القاضي في عود التبذير (من حَجْر عليه لسفه) أي : سوء تصرف (طرأ ، فوليه القاضي) ؛ لأنه الذي يعيد الحَجْر عليه ؛ إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر من له النظر العام (وقيل وليه في الصغر) كما لو بلغ سفيهًا ، ومحل الخلاف ما إذا قلنا : يعود الحَجْر بنفسه وإلا لم ينظر إلا القاضي قطعًا قاله الروياني ، ولو شهد عدلان بسفه رجل وفسرا قبلت شهادتهما حسبة (ولو طرأ جنون فوليه وليه في الصغر) وهو الأب ، ثم الجد (وقيل) وليه (القاضي) والفرق بين التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون ، (ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع) ولو بغبطة (ولا شراء) ولو في الذمة لمنافاة الحَجْر ، (ولا إعتاق) في حال حياته ولو بعوض كالكتابة لما مرَّ ، أما بعد الموت كالتدبير والوصية فالمذهب الصحة ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار صام كمعسر لئلا يضيع ماله ، وأما كفارة القتل ، فالصحيح في المطلب أن الولي يعتق عنه فيها ؛ لأن سببها فعل وهو لا يقبل الدفع ، بخلاف كفارة اليمين والظهار ، وقضية الفرق أنه يكفر في كفارة الجماع بالمال .

قال السبكي : وكل ما يلزمه في الحج من الكفارات المخيرة لا يكفر عنه إلا بالصوم ، وما كان مرتبًا يكفر عنه بالمال ؛ لأن سببه فعل أي : مع ترتبه ، وإلا فما قبله سببه فعل أيضًا ، وقضيته أنه يكفر عنه في كفارة الجماع بالمال وهو الأوجه كما قاله شيخنا : (و) لا (هبة) منه ، أما الهبة له ، فالأصح في زوائد الروضة صحتها ؛ لأنه ليس بتفويت بل تحصيل ، ولا يصح قبول الوصية كما اقتضاه كلام أصل الروضة ، وجزم به ابن المقري ؛ لأنه تصرف مالي ، وجزم الماوردي ، والروياني ، والجرجاني بالصحة لقبول الهبة ، والمعتمد الأول ، والفرق بينهما - كما قال شيخي - أن قبول الوصية تملك ، بخلاف قبول الهبة ، وأيضًا قبول الهبة يشترط فيه الفور وربما يكون الولي غائبًا فتفوت ، بخلاف الوصية .

=

....

= قال الماوردي : وإذا صححنا قبول ذلك لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب ؛ لأنه ملك الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب (و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليه) ؛ لأنه إتلاف للمال ، أو مظنة إتلافه ، وقوله : بغير إذن وليه ، قال الشارح : قيد في الجميع ، وقال غيره : يعود إلى النكاح فقط ؛ فإنه الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي ، وإنما قال الشارح ذلك لأجل الخلاف الآتي وإلا فكلام غيره أنسب ، أما قبول النكاح بالوكالة فيصح كما قاله الرافعي في الوكالة ، وأما الإيجاب فلا يصح مطلقًا لا أصالة ولا وكالة ، أذن الولي أم لا (فلو اشترى أو اقترض) من رشيد (وقبض) بإذنه ، أو إقباضه (وتلف المأخوذ في يده) قبل المطالبة له برده (أو أتلفه فلا ضمان في الحال ، ولا بعد فك الحَجْر ، سواء علم من عامله أو جهل) ؛ لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه إياه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته ، وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أنه لا يضمن ظاهرًا ، ولا باطنًا وبه صرح الإمام والغزالي ، والذي نص عليه في الأم في باب الإقرار أنه يضمن بعد انفكاك الحَجْر عنه ، وهذا هو الظاهر ، أما لو قبضه من غير رشيد ، أو من رشيد بغير إذنه وإقباضه ، أو تلف بعد المطالبة ، فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصورتين الأوليين في الروضة عن الأصحاب ، وجزم به ابن المقري في الثالثة وفاقًا لتصريح الصيدلاني ، ولا معنى لاقتصار المصنف على الشراء والقرض ، فإنه لو نكح بلا إذن ووطئ لم يلزمه شيء ، كما صرح به المصنف في باب النكاح ، ولو بقيت العين في يده حتى صار رشيدًا وتمكن من ردها ثم تلفت ولم يردها ضمنها كما لو استقل بإتلافها ، قاله الدارمي في شرح المختصر ، قال في المهمات : وهو ظاهر . تنبيه : قوله ، سواء علم من عامله أو جهل ، قال ابن شهبة : لغة شاذة ، والمعروف أعلم أم جهل بزيادة الهمزة مع علم وبأم موضع أو ، ولا ينافي ذلك قول الشارح في غير هذا الموضع سمع : سواء علي قمت أو قعدت (ويصح بإذن الولي نكاحه) على ما سيأتي في باب النكاح ، فإن المصنف أعاد هذه المسألة هناك بشروطها ، وسنتكلم عليها هناك إن شاء الله تعالى (لا التصرف المالي في الأصح) ؛ لأن عبارته مسلوبة كما لو أذن لصبي ، والثاني : يصح كالنكاح ، وقال الإمام في كتاب النكاح : إنه المذهب ، وفرق الأول بأن المقصود بالحَجْر عليه حفظ المال دون النكاح ، ومحل الوجهين إذا عين له الولي قدر الثمن وإلا لم يصح جزمًا ، ومحلهما أيضًا فيما إذا كان بعوض كالبيع ، فإن كان خاليًا عنه كعتق وهبة لم يصح جزمًا ، واستثني من إطلاقه مسائل منها ما لو وجب عليه قصاص فصالح بغير إذن وليه على الدية أو أكثر فليس للولي منعه ، ومنها : عقد الجزية ، فإنه يصح منه مباشرته بدينار وإن لم يأذن له الولي ، ولا يصح منه ولا من الولي بزيادة عليه ، وفرق بينه وبين المصالحة على أكثر من الدية بأن صيانة الروح عن القصاص قد لا تحصل إلا بزيادة عليه بخلاف عقد الذمة ، فإن الإمام يجب عليه العقد عند إعطاء الدينار ، وعقد الهدنة كالجزية ، ومنها : ما لو وجب له قصاص فإن له العفو على مال وكذا مجانًا على المذهب كما ذكره المصنف قبيل كتاب الديات ، ومنها : ما لو سمع قائلا يقول : من ردَّ عليَّ عبدي فله كذا فرده استحق الجعل كما يأتي في الجعالة ؛ لأن الصبي يستحقه ، فالبالغ السفيه أولى ، ومنها : ما لو قبض دينه بإذن وليه ، قال الرافعي : اعتد به في أرجح الوجهين عند الحناطي ، ومنها : ما لو وقع في أسر ففدى نفسه بمال فإنه يصح كما يصح منه عقد الجزية . ومنها ما لو فتحنا بلدًا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدون خراجها فإنه يصح كالجزية ، ومنها : ما لو =

....

=أجر نفسه بما له التبرع به من منافعه ، وهو ما ليس عمله مقصودًا في كسبه فإنه يصح . ومنها ما لو انتهى الأمر في المطاعم إلى الضرورة .

قال الإمام : الوجه عندي القطع بتجويز تصرفاته (ولا يصح إقراره) بالنكاح كما لا يصح نشوءه ، ولا (بدين) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحَجْر أو) إلى ما (بعده) كالصبي ، ولا يقبل إقراره بعين في يده في حال الحَجْر (وكذا بإتلاف المال) ، أو جناية توجب المال (في الأظهر) كدين المعاملة ، والثاني : يقبل ؛ لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن ، فإذا أقر به قبل ، ورد بأن الصبي يضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزمًا .

تنبيه : أفهم تعبيره بعدم الصحة أنه لا يطالب به في حال الحَجْر ولا بعد فكه ، ومحله في الظاهر ، وأما فيما بينه وبين اللَّه تعالى فيجب عليه بعد فك الحَجْر أداؤه إذا كان صادقًا في إقراره كما نص عليه في الأم ، ولو أقر بعد رشده أنه كان أتلف مالًا لزمه الآن قطعًا ، كما نقله في زيادة الروضة في باب الإقرار عن ابن كج (ويصح) إقراره (بالحد والقصاص) لعدم تعلقهما بالمال ولبعد التهمة ، ولو كان الحد سرقة قطع ، ولا يلزمه المال ولو عفا مستحق القصاص بعد إقراره على مال ثبت ؛ لأنه تعلق باختيار غيره لا بإقراره (و) يصح (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته بمثل المهر وبدونه ، (و) يصح (ظهاره) وإيلاؤه ، وإيلاده (ونفيه النسب) لما ولدته زوجته (بلعان) ولما ولدته أمته بحلف ؛ لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال الذي حَجْر لأجله ، وأما الخلع ؛ فلأنه إذا صح طلاقه مجانًا فبعوض أولى ، إلا أن المال يُسلم إلى وليه وهو خاص بالرجل كما تقرر للمعنى المذكور وصرح به المصنف في باب الخلع وإن كان مطلاقا ، وسيأتي إن شاء اللَّه تعالى بيانه في النكاح تسرى جارية إن احتاج إلى الوطء فإن كرهها أبدلت .

تنبيه : لو حذف قوله : بلعان لكان أحصر وأعم لشموله نفي ما يلحقه من أمته ، فإن السيد لا يلاعن بل يحلف على النفي كما مرَّ ، ويصح استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال ، قال في زيادة الروضة : ولو أقر باستيلاد أمته لم يقبل قوله . ا هـ . نعم ، إن ثبت أن الموطوءة فراش له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاد ، قاله السبكي ، لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره (وحكمه في العبادة) الواجبة مطلقًا والمندوبة البدنية (كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه ، أما المندوبة المالية كصدقة التطوع فليس هو فيها كالرشيد (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) ؛ لأنه ولاية وتصرف مالي ، نعم إن أذن له الولي وعين له المدفوع إليه صح صرفه كنظيره في الصبي المميز ، وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه ، ولا بد أن يكون ذلك بحضرة الولي أو من ينوب عنه كما بحثه الأذرعي ؛ لأنه قد يتلف المال إذا خلا به ، أو يدعي صرفه كاذبًا ، وكالزكاة في ذلك الكفارة ونحوها ، ويصح نذره في الذمة بالمال لا بعين ماله ، والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته في الذمة إلى ما بعد الحَجْر (وإذا أحرم) حال الحَجْر (بحج فرض) أصلي ، أو قضاء ، أو منذور قبل الحَجْر وكذا بعده إذا سلكنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح (أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه) ولو بأجرة ، أو يخرج الولي معه كما مرَّ في كتاب الحج خوفًا من تفريطه فيه ، وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام ، وأن العمرة كالحج فيما ذكر ، ولو أفسد حجه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضي فيه والقضاء ويعطيه الولي نفقة القضاء كما هو مقتضى إطلاق المصنف ، ومقتضى إطلاقهم كما قال الإسنوي : أن الحج الذي استؤجر قبل الحَجْر على أدائه له حكم ما تقدم . =

....

=تنبيه : كان الأولى حذف اللام من الثقة ؛ لأن أعطى يتعدى إلى مفعولين بنفسه » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣/٣٨٧ ، ٣٨٨) : « (والسفيه كذلك): أي مثل الصبي المميز في جميع ما تقدم من قوله : « وللولي رد تصرف مميز » إلى هنا ، واستثنى من ذلك استثناء منقطعًا - ؛ لأن غالبه لا يدخل في أحكام الصبي - قوله : (إلا طلاقه) ، فإنه يلزمه بخلاف الصبي فلا يلزمه ، وللولي رده وله هو إن رشد كما تقدم (و) إلا (استلحاق نسب) بأن يقول: هذا ولدي (ونفيه) أي : النسب بلعان فلازم له ليس لوليه رده (و) إلا (عتق مستولدته) فلازم له ويتبعها مالها ، ولو كثر على الأرجح ، وهذه الثلاثة لا تتصور في الصبي . (و) إلا (قصاصًا) ثبت عليه بالبينة فيلزمه ويقتص منه بخلاف الصبي ؛ فالدية على ما تقدم كالمجنون (و) إلا (عفوا) عن قصاص ثبت له على جان عليه أو على وليه فإنه يلزمه ولا يرد .

وأما الخطأ والعمد الذي يتعين فيه المال كالجائفة فليس له العفو ؛ لأنه من المال بخلاف الصبي فليس له عفو مطلقًا ، (و) إلا (إقرارًا بعقوبة) أي : بموجب عقوبة كأن يقول : أنا جنيت على زيد أو قذفته ، فيلزمه الحد .

(بخلاف المجنون) : في الجميع فلا يلزمه شيء من ذلك كالصبي ، والدية إن بلغت الثلث فأكثر على عاقلتهما وإلا فعليهما كالمال » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤/٣٠٧) : « (وإن أقر بدين ، لم يلزمه في حال حَجْره) وجملته أن السفيه إذا أقرّ بمال ، كالدين ، أو بما يوجبه ، كجناية الخطأ وشبه العمد ، وإتلاف المال ، وغصبه ، وسرقته ، لم يقبل إقراره به ؛ لأنه محجور عليه لحظه ، فلم يصح إقراره بالمال ، كالصبي والمجنون ، ولأنا لو قبلنا إقراره في ماله ، لزال معنى الحَجْر ؛ لأنه يتصرف في ماله ، ثم يقر به ، فيأخذه المقر له ؛ ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه ، فلم ينفذ كإقرار الراهن على الرهن ، والمفلس على المال ، ومقتضى قول الخرقي ، أنه يلزمه ما أقرّ به بعد فك الحَجْر عنه ، وهو الظاهر من قول أصحابنا ، وقول أبي ثور ؛ لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحَجْر عنه ، كالعبد يقر بدين والراهن يقر على الرهن ، والمفلس على المال .

ويحتمل أن لا يصح إقراره ، ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه محجور عليه ، لعدم رشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحَجْر عنه ، كالصبي والمجنون ؛ ولأن المنع من نفوذ إقراره في الحال ، إنما ثبت لحفظ ماله عليه ، ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحَجْر ، لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه ، وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فإن المانع تعلق حق الغير بماله ، فيزول المانع بزوال الحق عن ماله ، فيثبت مقتضى إقراره .

وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الإقرار ، فلم يثبت كونه سببًا ، وبزوال الحَجْر لم يكمل السبب ، فلا يثبت الحكم مع اختلاف السبب ، كما لم يثبت قبل فك الحَجْر ؛ ولأن الحَجْر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح إقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم ، بأن يلزمهم بعد زوال حق غيرهم والحَجْر هاهنا لحظ نفسه ، من أجل ضعف عقله ، وسوء تصرفه ، ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية ، كالصبي والمجنون ، فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ؛ فإن علم صحة ما أقر به ، كدين لزمه من جناية ، أو دين لزمه قبل الحَجْر عليه ، فعليه أداؤه ؛ لأنه علم أن عليه حقًّا ، فلزمه أداؤه ، كما لو لم يقر به ، وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه ، أو بجناية لم توجد منه ، أو أقر بما لا يلزمه ، مثل إن أتلف مال من دفعه إليه بقرض أو بيع ، لم يلزمه أداؤه ؛ لأنه يعلم أنه لا دين عليه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم يقر به » .

٢٧٨٥ – ليس الغرض المقصود من الحَجْر على الأشخاص المذكورين واحدًا ، إذ بعضهم تكون فائدة الحَجْر عائدة إليه كالصغير والمعتوه ، وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون ، والصغير إما أن يكون مميزًا أو غير مميز ، والمميز إما أن يكون غير مأذون له في التجارة أو مأذونًا له فيها .

٢٧٨٦ – والتصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

٢٧٨٧ – **الأول** : تصرفات نافعة نفعًا محضًا ، كقبول الهبة والوصية .

٢٧٨٨ – **والثاني** : تصرفات ضارة ضررًا محضًا ، كإعطاء شيء من ماله بلا مقابل والطلاق ، والعتاق ، والقرض .

٢٧٨٩ – **الثالث** : تصرفات مترددة بين النفع والضرر ، كالبيع ، والشراء ، والإجارة ، والصلح فإذا كان الصبي غير مميز فجميع تصرفاته باطلة ، ومثله المجنون الذي لا يفيق ؛ لأن صحة العبارة بالتمييز ، ولا تمييز عند واحد منهما فإن كان لمجنون يفيق في بعض الأحايين فتصرفاته وقت الإفاقة كتصرفات العقلاء .

(مادة ٤٨٣)

تَصَرُّفَاتُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْمَعْتُوهِ الْقَوْلِيَّةُ غَيْرُ جَائِزَةٍ أَصْلًا إِذَا كَانَتْ مُضِرَّةً لَهُمَا ضَرَرًا مَحْضًا ، وَإِنْ أَجَازَهَا الْوَلِيُّ ، أَوِ الْوَصِيُّ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « وأما بيان حكم الحَجْر فحكمه يظهر في مال المحجور ، وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فأما المجنون ، فإنه يمنع عنه ماله مادام مجنونًا ، وكذلك الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن وضع المال في يد من لا عقل له إتلاف المال .
(وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده ، ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئًا من أمواله ، ويأذن له بالتجارة للاختبار عندنا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ أذن ﷺ للأولياء في ابتلاء اليتامى ، والابتلاء الاختبار ، وذلك بالتجارة فكان الإذن بالابتلاء إذنًا بالتجارة ، وإذا اختبره فإن آنس منه رشدًا دفع الباقي إليه ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ والرشد هو : الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيئًا من أمواله إليه ، وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ ، والمسألة نذكرها في كتاب المأذون إن شاء اللّٰه تعالى ، وإن لم يأنس منه رشدًا منعه منه إلى أن يبلغ ، فإن بلغ رشيدًا دفع إليه ، وإن بلغ سفيهًا ، مفسدًا ، مبذرًا ؛ فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين بالإجماع ، فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع إليه ما دام سفيهًا .
(وأما) الرقيق : فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحَجْر في حقه في المال ؛ وإنما يظهر في التصرفات ، هذا حكم =

....

= الحَجْر في مال المحجور .
(وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال ، وإما أن يكون من الأفعال ، (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ودائر بين الضرر والنفع .
(أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ، ولا يصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل .
(وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع ، كالبيع ، والشراء ، والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفًا على إجازة وليه فإن أجاز جاز ، وإن رد بطل وعند الشافعي ﷺ لا تنعقد أصلًا وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل ، وقد مرت في موضعها .
(وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا يصح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص ، (وأما) إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ، ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق ، (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع ، فلا ينفذ بل ينعقد موقوفًا على إجازة المولى ، ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها ، (وأما) التصرفات الفعلية وهي الغصوب والإتلافات فهذه العوارض وهي : الصبا ، والجنون ، والرق لا توجب الحَجْر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئًا ، فضمانه في مالهما ، وكذا العبد إذا أتلف مال إنسان فإنه يؤاخذ به لكن بعد العتاق .
(وأما) السفيه فعند أبي حنيفة - عليه الرحمة - ليس بمحجور عن التصرفات أصلًا وحاله وحال الرشيد في التصرفات ، سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد : وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله ، (فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهًا ومنع عنه ماله نفذ تصرفه ، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده ، (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل ، والبالغ المعتوه ، سواء فلا ينفذ بيعه ، وشراؤه ، وإجارته وهبته ، وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ .
(وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء ، فيجوز طلاقه ، ونكاحه ، وإعتاقه ، وتدبيره ، واستيلاده ، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه ، والزكاة في ماله ، وحجة الإسلام ، وينفق على زوجاته وأقاربه ، ويؤدي الزكاة من ماله ، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة ، ولا من القرابين ، وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة ، والكراء ، والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق ، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما ، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله ، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد ، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة ، وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد - رحمهما الله - أنه رجع عن ذلك ، وقال : يعتق من غير سعاية ، فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ، ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرًا أجاز وما كان فيه مضرة رده » .
قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٤/٣) : « (وللولي) أب ، أو غيره (رد تصرف) سفيه ، أو صبي =

(مادة ٤٨٤)

التَّصَرُّفَاتُ الَّتِي تَصْدُرُ مِنَ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْمَعْتُوهِ ، وَتَكُونُ نَافِعَةً لَهُمَا نَفْعًا مَحْضًا جَائِزَةٌ ، وَلَوْ لَمْ يُجِزْهَا الْوَلِيُّ أَوِ الْوَصِيُّ [١] .

* * *

(مادة ٤٨٥)

الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا مُمَيِّزًا كَانَ ، أَوْ كَبِيرًا مَعْتُوهًا إِذَا عَقَدَ عَقْدًا مِنَ الْعُقُودِ الْقَوْلِيَّةِ الدَّائِرَةِ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ ، تَوَقَّفَ نَفَاذُهُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ أَوِ الْوَصِيِّ ، فَإِنْ أَجَازَهُ ، وَكَانَ قَابِلًا لِلْإِجَازَةِ ، نَفَذَ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ ، أَوْ أَجَازَهُ وَكَانَ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْإِجَازَةِ ، فَلَا يَنْفُذُ أَصْلًا .

* * *

٢٧٩٠ - وإذا كان الصبي مميزًا غير مأذون له في التجارة ، فتصرفاته المضرة له ضررًا محضًا غير جائزة ، وإن أجازها من له الولاية على ماله ؛ لأن تصرفات الولي منوطة بالمصلحة ولا مصلحة في الإجازة فتلغو وتصرفاته النافعة له نفعًا محضًا جائزة ، ولو لم يجزها الولي أو الوصي .

٢٧٩١ - وأما تصرفاته المترددة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة من له الولاية على ماله ، فإن أجازها وكانت قابلة للإجازة ، بأن لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشتري موجودين والثمن أيضًا إن كان من العيان نفذت .

٢٧٩٢ - وإن لم يجزها ، أو أجازها وكانت غير قابلة للإجازة ، بأن فقد شرط من هذه الشروط لغت ، لأن التصرفات إن كانت بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقدة مصلحة وأن يكون فيه ضرر والذي يدرك أحد هذين الشيئين هو الولي فيرى رأيه فيه ، فإن رأى النفع في الإجازة أجاز وإلا نقض ، والمعتوه مثل الصبي في جميع التصرفات المتقدمة .

= (مميز بمعاوضة) بلا إذن وليه ؛ كبيع ، وشراء ، وهبة ثواب . (وإلا) يكن بمعاوضة : كهبة وصدقة وعتق (تعين) على الولي رده (كإقرار) من المحجور (بدين) في ذمة (أو إتلاف) لمال يتعين رد الإقرار بذلك ، فإن ثبت عليه بالبينة جرى » .

وانظر تعليقنا على المادة السابقة .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة والتي قبلها .

٢٧٩٣ - والصبي المميز هو الذي يعقل معنى العقود بأن يعرف أن البيع سالب لملك المبيع جالب لملك الثمن والشراء بالعكس ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة .

٢٧٩٤ - واختلفوا في تفسير المعتوه اختلافًا كثيرًا ، وقالوا : أحسن ما قيل في تعريفه : هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

(مادة ٤٨٦)

الصَّبِيُّ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ ، فَإِذَا جَنَى جِنَايَةً مَالِيَّةً أَوْ نَفْسِيَّةً ، أُديَ ضَمَانُهَا مِنْ مَالِهِ بِلَا تَأْخِيرٍ إِلَى الْبُلُوغِ . وَالْمَعْتُوهُ كَالصَّبِيِّ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/١٥١ ، ١٥٢) : « (سئل) في الصبي العاقل إذا باع من آخر حصة له من دار ثم بلغ رشيدا فهل يتوقف البيع على إجازته ؟

(الجواب) : نعم إذا بلغ فأجازه نفذ والله تعالى أعلم (وتحقيق هذا المقام) أن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه طفلًا لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور ولهذا يثبت للغير عليه ولاية ، فالحق بالبالغ في النفع المحض ، وبالطفل في الضرر المحض ، وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن ، وبالبالغ عند الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن لكن قبل الإذن يكون منعقدًا موقوفًا على إجازة الولي ؛ لأن فيه منفعة لصيرورته مهتديًا إلى وجوه التجارات حتى لو بلغ فأجازه نفذ عندنا خلافًا لزفر ؛ لأنه يتوقف على إجازة وليه فصار وليًا بنفسه منح من المأذون ، ومثله في الدر ، والأصل عندنا أن العقد يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز حالة العقد وإن لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف وبطل ... إلخ فصول العمادية من الرابع ، والعشرين في تصرفات الفضولي فعلى هذا يحمل ما هنا على ما إذا كان له ولي ولم يجزه وإلا بطل كما هو المفهوم من العمادية وغيرها .

(أقول) : الذي يظهر لي أنه لا يبطل وإن لم يكن للصبي المذكور ولي ؛ لأن المراد من قولهم إذا كان له مجيز حالة العقد أي : من يقدر على إمضاء العقد من ولي ، أو قاض فلو عقد الصبي عقدًا ولا ولي له يتوقف ؛ لأن له مجيزًا وهو القاضي إذا كان الصبي تحت ولاية قاضٍ وكان العقد قابلًا للإجازة وإلا فهو باطل ، كذا كنت أفهم هذا المحل ثم راجعت فتحقق لي ذلك طبق ما كنت أفهمه ، قال الإمام الأسروشني في كتابه أحكام الصغار في مسائل النكاح ما نصه » وفي فوائد صاحب المحيط رحمه الله صبية زوجت نفسها من كفء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضي فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإن كان في موضع لا يكون تحت ولاية القاضي فإنه لا ينعقد ، وقال بعض المتأخرين ينعقد ، ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ . ا هـ .

....

= فهذا صريح في أنه ليس المراد بالمجيز الولي الخاص بل ما يعم القاضي ، لكن بشرط أن يكون ذلك العقد قابلًا للإجازة احترازًا عما لو طلق الصبي امرأته ونحو ذلك ؛ فإنه لا يتوقف بل يبطل وإن كان له ولي خاص ؛ لأنه لا مجيز له أي : لا يقبل الإجازة ؛ لأنه لو فعله الوصي نفسه لم يصح فكذا لا تصح إجازته ويدل عليه أيضًا تمام عبارة العمادية في بيان الأصل المذكور وذكر ذلك في جامع الفصولين أيضًا في الرابع والعشرين ، فقال بيانه : أن الصبي المحجور لو تصرف تصرفًا يجوز عليه لو فعله وليه في صغره ، كبيع ، وشراء ، وتزوج ، وتزويج أمته ، وكتابة قنه ، ونحوه فإذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على إجازة وليه ما دام صبيًّا ، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز ولم يجز بنفس البلوغ بلا إجازة ولو طلق الصبي امرأته ، أو خلعها ، أو حرر قنه مجانًا ، أو بعوض ، أو وهب ماله ، أو تصدق به ، أو زوج قنه امرأة ، أو باع ماله محاباة فاحشة ، أو شرى شيئًا بأكثر من قيمته فاحشًا ، أو عقد عقدًا مما لو فعله وليه في صباه لم يجز عليه فهذه كلها باطلة وإن أجازها الصبي بعد بلوغه لم تجز ؛ لأنه لا مجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ ما يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداء لا إجازة كقوله : أوقعت ذلك الطلاق ، أو العتق فيقع ؛ لأنه يصلح للابتداء . ا هـ . كتب الخير الرملي في حاشيته على قوله لو فعله وليه في صغره ما نصه : « يدخل في الولي القاضي فافهم . ا هـ . فهذا صريح فيما قلناه أيضًا ، وقد صرح بذلك أيضًا في فتح القدير حيث ذكر الأصل المذكور وبيانه الذي نقلناه ثم قال ، وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقًا ولا بالولي ، إذ لا يوقف في هذه الصور وإن قبل فضولي آخر ، أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضائها . ا هـ .

فقوله بمن يقدر على إمضاء العقد أفاد به أن المراد من له ولاية إمضائه من ولي خاص أو قاضٍ لا مطلق قابل ، سواء كان فضوليًّا أو وليًّا ولا مجرد وجود الولي ، سواء كان العقد قابلًا للإجازة ، كالبيع بثمن المثل ، أو غير قابل كالطلاق ، والخلع ، هذا وقد رأيت حين كتابتي هذا المحل بخط شيخ مشايخنا منلا علي التركماني على جامع الفصولين عبارة طويلة عن زواهر الجواهر على الأشباه والنظائر حاصلها أنه هل المراد بذلك الأصل أن يكون العقد قابلًا للإجازة شرعًا ؟ حتى لو زوجت الصغيرة نفسها ولا ولي لها من كفء وبمهر المثل يتوقف على إجازتها بعد بلوغها ، أو المراد وجود ولي يملك الإجازة وقت العقد ، ووقع كلام بين بعض الأفاضل الحنفية في ذلك في عصرنا ، فذهب بعض إلى الأول ، وبعض إلى الثاني ، ثم استشهد لكل من الفريقين ثم نقل عبارة عن الخانية .

وقال : إنها تفيد أن المراد ما هو أعم منها ، ولم يحرر المقام ، وقد علمت تحريره بعون الملك العلام وأنه ليس المراد الأول ؛ لأن كون العقد قابلًا للإجازة لا بد فيه من شرط آخر وهو أن يكون له مجيز وقت صدوره من ولي خاص أو عام كالقاضي حتى لو لم يكن في ولاية قاض ، كما لو زوج الصغير نفسه في دار الحرب مثلًا بمهر المثل لم يتوقف على إجازته ؛ لأن هذا العقد وإن كان قابلًا للإجازة لكنه لا مجيز له وقت صدوره وليس المراد الثاني أيضًا إن كان مراده الولي الخاص ، كما يتبادر من عبارة زواهر الجواهر ، بل المراد بالولي ما يشمل القاضي بشرط أن يكون العقد قابلًا للإجازة كما علمت ، وليس المراد أيضًا ما هو أعم من الاحتمالين وليس في كلام الخانية ما يفيده بل فيه ما يدل على ما قررناه وعبارة الخانية هكذا صبي تزوج بالغة ثم غاب فلما حضر تزوجت المرأة بآخر وقد كان الصبي أجاز بعد بلوغه النكاح الذي باشره في الصغر فإن كانت المرأة =

٢٧٩٥ - والحَجر على المذكورين إنما يتأتى في الأقوال لا الأفعال ، إذ الحَجْر في التصرفات القولية المتقدمة ممكن ، وذلك بعدم إجازتها فتلغو ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع في البيع إلى المشتري وتملك المستأجر منفعة المؤجرة في الإجارة .

٢٧٩٦ - وأما الأفعال فلا يتأتى فيها ذلك إذا الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه وينبني على ذلك أن كلًّا من الصبي ، والمجنون ، والمعتوه مؤاخذ بأفعاله ، فإذا أتلف واحد منهم مال غيره أو أتلف عضوًا من أعضائه أخذ البدل ، أو الأرش من ماله والذي يطالب بدفعه هو المتصرف فيها .

(مادة ٤٨٧)

إِذَا اسْتَقْرَضَ الصَّبِيُّ أَوِ الْمَعْتُوهُ بِلَا إِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ وَصِيِّهِ مَالًا ، فَأَتْلَفَهُ ، أَوْ أَتْلَفَ مَا أُودِعَ عِنْدَهُ ، أَوْ مَا أُعِيرَ إِلَيْهِ ، أَوْ مَا بِيعَ لَهُ بِلَا إِذْنِ الْوَلِيِّ أَوِ الْوَصِيِّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْوَدِيعَةُ نَفْسًا فَعَلَيْهِ ضَمَانُهَا .

= تزوجت آخر قبل إجازة الصبي جاز الثاني ؛ لأنها تملك الفسخ قبل إجازة الصغير ، وإن كان النكاح الثاني بعد إجازة الصغير ينظر إن كان النكاح في الصغر بمهر المثل ، أو بما يتغابن الناس في مثله يجوز النكاح ؛ لأنه كان موقوفًا فينفذ بإجازة الصبي بعد البلوغ وإن كان بمهر كثير لا يتغابن الناس فيه وللصغير أب أو جد ، فكذلك لأنهما يملكان النكاح عليه بمهر كثير فيتوقف عقد الصغير على إجازتهما فينفذ بالإجازة بعد البلوغ وإن لم يكن للصغير أب ، أو جد جاز النكاح الثاني من المرأة ؛ لأن عقد الصغير على هذا الوجه لم يتوقف فلا تلحقه الإجازة . ا هـ .
وقوله : لم يتوقف أي : وإن كان تحت ولاية قاضٍ ؛ لأنه لا يملك تزويج الصغير بغبن فاحش إلا الأب والجد فلا يملكه القاضي فيكون لا مجيز له فلا يتوقف فيجوز النكاح الثاني من المرأة ، ونقل في زواهر الجواهر عن فتح القدير ما نصه « فعلى هذا قوله : ولا مجيز له أي : ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته أي : تحت رجل حرة وزوجه الفضولي أمة ، أو أخت امرأته ، أو خامسة ، أو معتدة ، أو مجنونة ، أو صغيرة يتيمة في دار الحرب إذا لم يكن سلطانٍ ولا قاضٍ لا يتوقف لعدم المجيز الذي يقدر على الإمضاء حالة العقد ؛ لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان ؛ فإنه أيضًا يتعذر تزويج الصغار فيه اللاتي لا عاصب لهن فوقع باطلًا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء . ا هـ . » .
وقوله : أما إذا كان أي وجد سلطانٍ أو قاضٍ صريح أيضًا فيما قلناه من أن مرادهم بالمجيز من له ولاية إمضاء ذلك العقد مع قبول ذلك العقد للإمضاء في نفسه فاغتنم هذا التحرير العديم النظير ، فإنك لا تكاد في غير هذا الكتاب ، والله تعالى أعلم بالصواب » .

فَإِنْ قَبِلَ الْوَدِيعَةَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ وَصِيِّهِ فَأَتْلَفَهَا ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا (١) .

* * *

٢٧٩٧ - ولكن محل ضمانهم لما أتلفوه من مال الغير إذا لم يكونوا مسلطين على الشيء الذي أهلكوه من قبل مالكه ؛ فإن كان كذلك فلا ضمان .

٢٧٩٨ - وينبني على ذلك أنه إذا أعطى شخص للصغير ، أو المعتوه مبلغًا من النقود أو كمية من المكيلات ، أو الموزونات على سبيل القرض الشرعي (السلفة) ، أو أعطاه شيئًا ليحفظه له وهي الوديعة ، أو سلمه شيئًا لينتفع به ويرده إليه وهي العارية ، أو باع له شيئًا وكان كل من هذه التصرفات بلا إذن الولي ، أو الوصي فأتلف كل منهما الأشياء المذكورة فلا ضمان عليه ؛ لأن إتلافه ما حصل إلا بعد التسليط من المالك والمسلط غير أهل للحفظ فيكون التقصير من جهة المالك فلا ضمان فلو انتفى التقصير بأن لم يعامل كلًّا منهما بشيء مما ذكر إلا بعد التصريح له من ولي أمره ثبت الضمان .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥/ ٦٠) : « ولو أن صبيًّا محجورًا استقرض مالًا ليعطي صداق المرأة صح استقراضه ، فإن لم يعط المرأة وصرف المال في بعض حوائجه لا يؤاخذ به ، لا في الحال ، ولا بعد البلوغ والعبد المحجور إذا استقرض مالًا واستهلكه لا يؤاخذ به في الحال ، ويؤاخذ بعد العتق ، ولو أودع إنسان عبدًا محجورًا فأقر المحجور أنه استهلكه لا يصدق ، ولو صار مصلحًا بعد ذلك يسأل عما أقرّ به ، فإن قال : ما أقررت به كان حقًّا يؤاخذ به في الحال ، وإن قال : كان باطلًا لا يؤاخذ به ، كذا في فتاوى قاضي خان . ولو أن المحجور عليه بسبب السفه أودعه رجل مالًا فأقر أنه استهلكه لم يصدق على ذلك ، فإن صلح بعد ذلك سئل عن إقراره ، فإن أقر أنه استهلكه في حال فساده لم يضمن شيئًا ، في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لو كان يرى الحَجْر في السفيه وهو قول محمد رحمه الله ، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله يضمن ، وإن أقر أنه استهلكه في حال صلاحه ضمن ذلك ، كذا في المحيط » .

وينظر تعليقنا على المادة السابقة .

الحَجْر على السفيه

(مادة ٤٨٨)

إِذَا أُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى حُرٍّ مُكَلَّفٍ ، وَثَبَتَ لَدَى الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ أَنَّهُ سَفِيهٌ ، يَحْجرُ عَلَيْهِ ، وَيَمْنَعُهُ مِنْ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَيُبْطِلُهَا الْهَزْل ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِيهَا كَحُكْمِ الصَّغِيرِ .

وَلَا تَنْفُذُ عُقُودُهُ بعْدَ الْحَجْرِ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ . وَأَمَّا تَصَرُّفَاتُهُ قَبْلَ الْحَجْرِ فَهِيَ جَائِزَةٌ نَافِذَةٌ [١] .

* * *

٢٧٩٩ – لما كان السفه يؤدي بصاحبه يومًا من الأيام إلى سُوء العاقبة فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾ [٢] . رتب الفقهاء عليه حكمًا لمصلحة من اتصف به وهو الحَجْر .

٢٨٠٠ – وعرفوا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو كان في سبل الخير كبناء المساجد والأوقاف والقناطر فالسفيه يعمل بخلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجى فهو يتصرف تصرفًا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضًا صحيحًا مثل دفع المال إلى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارة من غير محمدة وغير ذلك من التصرفات الفاشية في هذا الزمان .

٢٨٠١ – ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحَجْر على السفه بل القائل به أبو يوسف ومحمد وغيرهما من الأئمة . وأما أبو حنيفة فلا يترتب عليه حَجْرًا ولكل أدلة .

٢٨٠٢ – أما الصاحبان ومن وافقهما فقد استدلوا بأدلة نقلية وعقلية فمن النقلية قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ ﴾ [٣] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في غمز عيون البصائر (٢٨١/١) : « ومنها : جواز الحَجْر على البالغ العاقل الحُر عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في ثلاث : المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس ؛ دفعًا للضرر العام . ومنها : جوازه على السفيه عندهما وعليه الفتوى ؛ دفعًا للضرر العام » .

(٢) الإسراء : ٢٩ .

(٣) النساء : ٥ .

٢٨٠٣ - فهذه الآية تفيد صريحا إثبات الحَجْر على السفيه بطريق النظر له فإنه أثبت فيها للولي مباشرة التصرف في مال السفِيه ولا يكون هذا إلا بعد منعه من التصرفات وليس هذا سِوى الحَجْر .

٢٨٠٤ - وقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾ (١) .

٢٨٠٥ - فهذه الآية تفيد أيضًا إثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه وذلك لا يكون إلا بعد الحَجْر .

٢٨٠٦ - وما روي أن عبد اللَّه بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى دارًا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك الإمام على ابن أبي طالب - كرم اللَّه وجهه - فقال : لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه . فاهتم بذلك عبد اللَّه وجاء إلى الزبير وأخبره بذلك فقال : أشركنى فيها . فأشركه ثم جاء عثمان ﷺ فسأله أن يحجر فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير !

٢٨٠٧ - وإنما قال ذلك لأن الزبير كان معروفًا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته في الشركة على أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحَجْر بهذا السبب .

٢٨٠٨ - ومن الأدلة العقلية : أن النظر لهذا واجب خوفًا من سُوء المنقلب وليس من النظر أن يمكن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة ، فيحجر عليه نظرًا له .

٢٨٠٩ - ولأننا لو قسناه على الصبي لوجدناه مشتركًا معه في عِلة الحَجْر بل هي فيه أولى وذلك أن الصبي إنما حَجْر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق التبذير منه .

٢٨١٠ - ولهذا لو بلغ الصبي غير رشيد منع ماله في الابتداء إجماعًا بطريق النظر له ومنع المال من غير حَجْر عليه لا يفيد ؛ لأن مانع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرًا له .

٢٨١١ - واستدل أبو حنيفة : بأن السفيه كامل العقل بدليل أنه مُكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فإنهما ناقصا العقل ، ولهذا لم يُكلفا فلا يمكن القياس عليهما .

٢٨١٢ - ولو كان الحَجْر عليه نظرًا له لكان رفع التكليف عنه أوْلى بذلك مع أن الشارع كلفه فعلم أنه لم ينظر إليه لهذا السبب فلا يسعنا إلا اتباع الشارع ؛ ولأن في

---

(١) البقرة : ٢٨٢ .

الحَجْر عليه إلحاقًا له بالبهائم وإهدارًا لآدميته وهو أشد ضررًا من التبذير ومن الأمور المتفق عليها أنه لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، ولذا لو كان في الحَجْر على شخص دفع ضرر عام حَجْر عليه كالحَجْر على المتطيب الجاهل ؛ لأن دفع الضرر العام واجب ، وإن كان فيه إلحاق الضرر بالخاص ولا يصح أن نقيس الحَجْر على السفيه بمنع مال الصبي عنه إذا بلغ غير رشيد لعدم الاستواء ؛ لأن الحَجْر أبلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد ؛ لأنه أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدي فيها إلى الصالح لسلامة قلبه فيغبن في البياعات فيخسروا بأن يهب أو يتصدق أو يجمع أصحابه من أهل الفسق والشرور ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الإنفاق عليهم فإذا لم يسلم إليه مالُه لم يتمكن من ذلك وقال إن الآية الأولى وهي : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ (١) إلخ . ليست نصًّا في الاحتجاج لهم ؛ لأن المراد أموالنا لا أموال اليتامى بدليل أنه أضافها إلينا لا إليهم .

٢٨١٣ - وحينئذٍ يكون المراد من السفهاء الصبيان ؛ لأن المال إذا سلم إليهم ضيعوه فيكون المراد بالآية : أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا تسلمها إليهم .

٢٨١٤ - وكذلك الآية الثانية وهي : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ (٢) إلخ . فإنه يحتمل أن يكون المراد بها الصبيان والمجانين ؛ لأن السفيه في اللغة هو الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصبي المميز أو بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس له تمييز ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

٢٨١٥ - على أننا لو أردنا بالسفيه ما أرادوا يمكننا أن نقول إن هذه الآية تقتضي نفاذ تصرف السفيه فإن الذي عليه الديْن هو الذي لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى في أول الآية : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ . ثم قال : ﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾ (٣) . يعنى الحق الذي لزمه بتلك المُداينة ثم قال : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا ﴾ . أي : الحق الذي لزمه بمُداينته ، ﴿ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ ﴾ .

٢٨١٦ - وهذا ظاهر فإن بعض الأشخاص يستدين ويعجز عن الإملال لعدم هدايته إلى الحساب أو لقلة ممارسته للإملال ؛ لأنه يحتاج فيه إلى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يمل عنه غيره بإخباره هو وإقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم ، فإن الذي عليه الحق لا يؤلف كلامًا يمله وإنما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب ومع هذا فقد قالت العلماء أن المفتى به مذهب الصاحبين ومن وافقهما لقوة ما استدلوا به .

---

(١) النساء : ٥ . (٢، ٣) البقرة : ٢٨٢ .

٢٨١٧ – ومع اتفاق الصاحبين على الحَجْر على السفيه اختلفا في وقته فقال أبو يوسف : لا يصير محجورًا عليه إلا بحكم القاضي ولا ينفك حتى يطلقه . وقال محمد : يُحجر عليه من وقت السفه ففساده في ماله يَحْجره وإصلاحه فيه يطلقه .

٢٨١٨ – واستدل أبو يوسف : بأن السفه ليس بشيء محسوس وإنما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك محتمل ؛ لأن لا يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين .

٢٨١٩ – وإذا كان مترددًا بين هذين الأمرين فلا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الصغر والجنون والعته ؛ ولأن الحَجْر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء بمنزلة الحَجْر بسبب الدين ؛ ولأن الحَجْر على نفسه متردد بين الضُّر والنفع ؛ لأن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر .

٢٨٢٠ – واستدل محمد : بأن العلة في الحَجْر هي السفه فمتى تحقق ترتب عليه موجبه بغير قضاء مثل الصبا والجنون . والجامع بين كلٍّ أن الحَجْر لمعنى في نفسه ، والقضاء إنما يكون عند الخصومة ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحَجْر بسبب الدين ؛ لأنه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه .

٢٨٢١ – ولكن القاضي له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم ، ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو إبرؤوه أو أوفاهم حقهم لم يحْجَر عليه .

٢٨٢٢ – وينبني على هذا الخلاف : أن تصرفاته التي باشرها قبل القضاء عليه بالحَجْر نافذة عند أبي يوسف وموقوفة عند محمد لاحتمال أن يكون فيها مصلحة .

٢٨٢٣ – فإذا رأى القاضي فيها المصلحة نفذها ؛ وإلا ردها كتصرف الصبي والمعتوه ومذهب محمد ظاهر المراد ؛ لأنهما متفقان على أن الحَجْر عليه إنما هو لفائدة تعود إليه وهي حفظ ماله حتى لا يصبح عالة على غيره ، فإذا لم يكن الحَجْر عليه من وقت السفه انعدمت تلك الفائدة ؛ إذ ربما يتصرف الشخص في جميع أمواله بيعًا بأبخس الأثمان وهبة بلا مقابل ويشتري شيئًا بأضعاف قيمته ويؤجر شيئًا من أملاكه بأجر زهيد ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة ويتمادى على مثل هذه التصرفات حتى يرفع الأمر إلى القاضي الذي يريد أن يستكمل الأمور الشرعية لصحة الدعوى والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شك يستغرق زمنًا ليس بالقليل فعند الحَجْر عليه قد لا يكون عنده

شيء أصلًا أو عنده ولكنه لا يستحق الذكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه .

٢٨٢٤ – وحينئذٍ تنعدم فائدة الحَجْر وهذا غير لازم على مذهب محمد ، فإنه يلغى جميع تصرفاته التي من هذا القبيل فتحفظ عليه أملاكه بدون شيء أو برد أخذ من الأثمان القليلة التي يكفي لسدادها بيع شيء واحد مما تصرف فيه .

(مادة ٤٨٩)

لَا يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ الْبَالِغِ الْحُرِّ فِي التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلَا يُبْطِلُهَا الْهَزْلُ ، فَتَجُوزُ لَهُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ، وَتَزُولُ عَنْهُ وِلَايَةُ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ أَوْ فِيمَا دُونَهَا ، وَتَصِحُّ وَصَايَاهُ فِي سَبِيلِ الْخَيْرِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « وأما السفيه فعند أبي حنيفة – عليه الرحمة – ليس بمحجور عن التصرفات أصلًا وحاله وحال الرشيد في التصرفات ، سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد : وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه مَالُه إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله . فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهًا ومنع عنه مالُه نفذ تصرفه ، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده . وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه ، سواء فلا ينفذ بيعه ، وشراؤه ، وإجارته وهبته ، وصدقته ، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ . وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد ، سواء ، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده ، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه ، والزكاة في ماله ، وحجة الإسلام ، وينفق على زوجاته ، وأقاربه ، ويؤدي الزكاة من ماله ، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة ، ولا من القراين ، وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهَدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق ، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما ، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله ، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد ، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة ، وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما اللّه أنه رجع عن ذلك ، وقال : يعتق من غير سعاية فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ، ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرًا أجاز وما كان فيه مضرة رده » .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة الوردية (١٢٥/٣ ، ١٢٦) : « (ثم) الطفل بعد بلوغه سفيهًا محجور عليه أيضًا من (تصرفاته المالية) كالبيع ، والشراء ولو في الذمة ، والإعتاق ، والهبة ، والكتابة وغيرها مما هو في مظنة الضرر المالي وإن أذن له وليه ؛ لأن تصحيحها يؤدي إلى إبطال معنى الحَجْر وقد قال تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ أي أموالهم لقوله : ﴿ وَٱرْزُقُوهُمْ ﴾ وقال : ﷺ « خذوا على أيدي سفهائكم » رواه =

....

= الطبراني بإسناد صحيح بخلاف الاحتطاب ونحوه ، والطلاق ، والخُلع ، والظهار ، ونفي النسب ، واستلحاقه ، وينفق على الولد المستلحق من بيت المال (واستثني) من منعه من التصرفات المالية (التدبير ، والوصيه) فلا يمنع منهما لصحة عبارته واحتياجه للثواب وفقد المعنى الذي لأجله حَجْر عليه بخلاف المجنون ، والطفل ولو مميزًا ، إذ لا عبارة لهما واستثنى أيضًا عقد الجزية بدينار وصلحه من قود لزمه على الدية ، أو أكثر منها صيانة للروح ، وقبضه دينه من غريمه بإذن وليه كما في الرافعي عن الحناطي قال في المطلب : وهو ما يفهمه نص الأم ويصح توكيله في قبول النكاح دون إيجابه كما صححه الرافعي وسيأتي في بابه أنه يصح نكاحه بإذن وليه ؛ لأن المال فيه تبع ولو قبل الهبة ، أو الوصية لنفسه فوجهان صحح النووي منهما الصحة في الهبة ، واقتضى كلامه كالرافعي تصحيحَ عدم الصحة في الوصية لكن الذي جزم به الماوردي وغيره الصحة فيها أيضًا ، وقال الإمام : إنه الذي عليه الأكثرون واختاره السبكي والإسنوي ، قال الإمام : وإذا انتهى إلى الضرورة في المطاعم فالوجه عندي القطع بجواز تصرفه (وكل إقرار به) أي الطفل بعد بلوغه سفيهًا محجور عليه من تصرفاته المالية ومن كل إقرار بتصرف مالي ولو إتلافًا كإقراره بدين معاملة ، أو بإيلاد ، أو بجناية توجب مالًا كالطفل بخلاف إقراره بغير ذلك كإقراره بما يوجب قودًا ، أو حدًّا لعدم تعلقه بالمال ولانتفاء التهمة فلو أقرَّ بسرقة قبل في القطع دون المال ، ولو عفا مستحق القود على مال لزمه ؛ لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره ومحل عدم صحة إقراره بالمال في الظاهر ، أما في الباطن فيلزمه أداؤه بعد فك الحَجْر عنه إن كان صادقًا فيه . وحكمه في العبادة كالرشيد لكن لا يفرق الزكاة بنفسه ؛ لأنه تصرف مالي . نعم إن أذن له الولي فهو كما لو أذن للطفل وتقدم بيانه (حتى صلح) أي ويستمر الحَجْر عليه إلى صلاحه (في أمر دنياه) بأن لا يكون مبذرًا (و) في أمر (دين) له (في الأصح) بأن لا يرتكب محرمًا يسقط العدالة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ وفسره الشافعي بصلاح الدين ، والمال فيزول به الحَجْر عنه بلا فك قاضٍ ؛ لأنه لم يثبت به كحَجْر الجنون ، نعم إن أنكر وليه دعواه أنه بلغ رشيدًا لم يزل الحَجْر ولا يحلف الولي كالقاضي ، والوصي ، والقيم بجماع أن كلًّا أمين ادعى انعزاله ؛ ولأن الرشد يوقف عليه بالاختيار فلا يثبت بقوله : وإن وأخذناه بإقراره في رفع ولايته .

قال الأذرعي : ولأن الأصل يعضد قوله : بل الظاهر أيضًا ؛ لأن الغالب في قريبي العهد بالبلوغ عدم الرشد فالقول قوله : في دوام الحَجْر إلا أن تقوم بينة بالرشد ومقابل الأصح المزيد على الحاوي أنه يستمر إلى صلاحه في أمر دنياه فقط ومال إليه ابن عبد السلام ، قال ابن الرفعة : وكان ابن رزين يقضي به ويحتج له بإجماع المسلمين على جواز معاملة من تلقاه من الغرباء مع أن العلم محيط بأن الغالب على الناس عدم الرشد في الدِّين ، والمال . وجميع ما تقرر في الطفل إذا بلغ سفيهًا يأتي في المجنون إذا أفاق سفيهًا وعبارة الناظم وأصله تشمله » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٥/٢٩٥ ، ٢٩٦) : « وتصرفه قبل الحَجْر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم وعليهما العكس في تصرفه إذا رشد بعده يعني أن أفعال السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق السفه إذا تصرف ولو بغير عرض كعتق ونحوه محمولة على الإجازة عند مالك وكبراء أصحابه كابن كنانة وابن نافع وشهره ابن رشد في مقدماته ؛ لأن المانع الحَجْر عليه ولم يوجد ومحمولة على المنع عند ابن القاسم ؛ لأن علة المنع عنده السفه وهي موجودة فلو رشد بعد الحَجْر عليه وتصرف بعد رشده وقبل الحكم بإطلاقه =

٢٨٢٥ - والسفيه وإن اشترك مع الصبي المميز في الحَجْر على القول المفتى به ، إلا أنه ليس مثله في جمع الأشياء بل يخالفه في بعضها فيكون مثله بالنسبة للتصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل ، كالبيع ، والشراء ، والإيجار والاستئجار ، والرهن والارتهان ، وحينئذٍ إذا باشر تصرفًا من هذه التصرفات يكون موقوفًا على إجازة القاضي أو من ولاه عليه ؛ لأن فائدة الحجر عدم النفاذ فإن كانت فيه مصلحة أجازه وإلا رَدَّه .

= فالحكم المتقدم لمالك وابن القاسم ينعكس هنا ، فمالك يمنع أفعاله لوجود الحَجْر عليه وهو علة المنع عنده ، وابن القاسم يجيز أفعاله لوجود الرشد وهو علة لجواز التصرف عنده ، وحملنا كلامه على البالغ ؛ لأن الصبي المهمل تصرفاته كلها مردودة قبل الحَجْر ولو كان ذكرًا وعلى الذكر ؛ لأن الأنثى المهملة تصرفاتها مردودة أيضًا إلا أن تعنس ، أو يمضي لدخول زوجها بها العام فتجوز أفعالها حيث علم رشدها ، أو جهل حالها ، وأما إن علم سفهها فترد أفعالها وبعبارة وتصرفه أي السفيه ، الذكر ، البالغ ، العاقل ، المهمل ، المعلوم السفه ، وأما المجهول الحال وهو الذي لا يعلم له رشده من سفه فأفعاله على الإجازة باتفاق ويأتي محترز القيد الأول في قوله : وزيد في الأنثى إلخ ، وتقدم محترز الثاني في قوله : والصبي ، والثالث في قوله : المجنون ، والرابع في قوله : إلى حفظ مال ذي الأب ولم يقل المؤلف وفي إجازة أفعاله قبل الحَجْر وردها قولان إشارة إلى أن المشهور عنده قول مالك . وزيد في الأنثى دخول زوج وشهادة العدول على صلاح حالها ، أي : فيزاد ما ذكر على ما مرَّ في كل واحد فذات الأب يُزاد لها مع حفظ المال ، والبلوغ دخول زوج بها وشهادة العدول على صلاح حالها إن لم يرشدها الأب قبل ذلك وذات الوصي ، والمقدم يزاد لها مع البلوغ وحفظ المال وفك الوصي ، أو المقدم دخول زوج شهادة العدول على صلاح حالها إن لم يرشداها قبل ذلك على الخلاف ، ولا يدخل في كلامه المهملة خلافًا للشيخ عبد الرحمن ؛ لأنه قال وزيد ، أي : على ما مرَّ في الذكر من حفظ مال ذي الأب وفك وصي ، أو مقدم وقد مرَّ ما يخرج به من الحَجْر ، والمراد بالعدول ما زاد على الواحد على المشهور » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٢/٤ ، ٣٠٣) : « (فإن عاود السفه ، حجر عليه) وجملته ، أن المحجور عليه إذا فك عنه الحَجْر لرشده وبلوغه ، ودفع إليه ماله ، ثم عاد إلى السفه ، أعيد عليه الحَجْر .

وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو ثور وأبو عبيد ، وأبو يوسف ، ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبتدأ الحَجْر على بالغ عاقل ، وتصرفه نافذ . وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي ؛ لأنه حُرٌّ مكلف ، فلا يحْجر عليه كالرشيد .

ولنا : إجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير ، أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا ، فقال علي ﷺ لآتين عثمان ليحجر عليك . فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فقال : قد ابتاع بيعًا ، وإن عليًا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحَجْر عليَّ . فقال الزبير : أنا شريكك في البيع . فأتى علي عثمان ، فقال إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا ، فاحجر عليه . فقال الزبير : أنا شريكه في البيع . فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير .

قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي . وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم يخالفها أحد في عصرهم ، فتكون إجماعًا ؛ ولأن هذا سفيه ، فيحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهًا ؛ فإن العلة التي اقتضت الحَجْر عليه إذا بلغ سفيهًا سفهه ، وهو موجود ؛ ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه ، فإذا حدث ، أوجب انتزاع المال كالجنون . وفارق الرشيد ؛ فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه » .

ويخالفه في أشياء :

٢٨٢٦ - منها : التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل ، فيجوز له التزوج فإن لم يسم شيئًا أو سمى وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل ، وأما إن سمى لها مهرًا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل ؛ لأن التزوج من حوائجه الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه إنما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال فلا يلزمه وإن طلق يقع طلاقه ؛ لأن الفرض أن السفيه كامل العقل والطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه .

٢٨٢٧ - ومنها : وجوب الإنفاق على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله ؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه حقًّا لقرابته ، والسفه لا يبطل حقوق الناس .

٢٨٢٨ - ومنها : زوال ولاية أبيه أو جده على أمواله ، فليس لواحد منهما أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بإذن الحاكم وهذا بخلاف الذي لم يبلغ فإن كلًّا من الأب والجد والوصي يملك ذلك .

٢٨٢٩ - ومنها : صحة إقراره بالعقوبات فإذا أقرَّ على نفسه بوجوب القصاص في نفس أو فيما دونها عوقب بمقتضى إقراره .

٢٨٣٠ - ومنها : صحة وصاياه في سبل الخير ، ولكن لا تنفذ الوصايا من كل المال بل من الثلث ، ومحل ذلك إن كان له وارث ولم يجز الوصاية فإن لم يكن أو كان وأجاز نفذت من كل المال .

٢٨٣١ - وستعرفه هذا الكلام بما لا مزيد عليه في الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها بالاستحسان والقياس عدم الصحة ؛ لأن الوصية تبرع وإن كان التمليك لا يكون إلا بعد الوفاة فكما لا تجوز تبرعاته حال حياته كذلك لا تصح بعد وفاته . ووجه الاستحسان الحَجْر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلًّا على غيره وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أي : حال استغنائه عن ماله خصوصًا أن الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل .

٢٨٣٢ - ومنها : وجوب العبادات ، سواء كانت بدنية محضة كالصلاة أو مالية محضة كالزكاة ، أو مركبة منهما كالحج ؛ لأنها واجبة بإيجاب اللّٰه تعالى والسفيه

مكلف بخلاف الصبي ، فالسفه لا يبطل حقوق اللّٰه تعالى ولا حقوق العباد إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء ؛ لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته ولكن يأمر القاضي أمينًا يراقبه كي لا يصرفها في غير مصرفها بخلاف النفقة الواجبة عليه لغيره ، فإن القاضي يسلمها إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها ؛ إذ لا يحتاج فيها إلى النيَّة فاكتفى فيها بفعل الأمين .

(مادة ٤٩٠)

يُمْنَعُ الْمُفْتِي الْمَاجِنُ الَّذِي يُعَلِّمُ النَّاسَ الْحِيَلَ الْبَاطِلَةَ أَوْ يُفْتِي عَنْ جَهْلٍ ، وَالطَّبِيبُ الْجَاهِلُ ، وَالْمُكَارِي الْمُفْلِسُ ، وَمَنْ يَحْتَكِرُ الْحِرَفَ (١) .

* * *

٢٨٣٣ - فالذي علم أن الإمام الأعظم لا يقول بالحَجْر على السفيه ، مستدلًّا بأن في الحَجْر عليه إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهذا أشد ضررًا من التبذير ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لو كان في منع شخص عما يرتكبه دفع ضرر عام فإنه يوافق الصاحبين في الحَجْر ولو ترتب عليه إلحاق ضرر خاص به .

٢٨٣٤ - وينبني على ذلك : منع الأشخاص الآتية عما يرتكبون اتفاقًا .

٢٨٣٥ - فالمفتي الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذي يفتي عن جهل أو يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حولان الحول بيوم مثلًا لمن يتق منه برده إليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذي فرضه اللّٰه عليه وهو الزكاة لضرره بالدين .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥/٥٤) : « قال أبو حنيفة - رحمه اللّٰه تعالى - : لا يحْجُر القاضي على الحر العاقل البالغ إلا من يتعدى ضرورة إلى العامة ، وهم ثلاثة : الطبيب الجاهل الذي يسقي الناس ما يضرهم ويهلكهم وعنده أنه شفاء ودواء ، والثاني : المفتي الماجن وهو الذي يعلم الناس الحيل أو يفتي عن جهل ، والثالث : المكاري المفلس ، وعند صاحبيه يجوز الحَجْر بما قال أبو حنيفة رضي الله عنه وبثلاثة أسباب أخر وهي : الديْن ، والسفه ، والغفلة ، هكذا في فتاوى قاضي خان .

وللمكاري المفلس أن يتقبل الكراء ويؤجر الإبل وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب ، فالناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذ منهم في حاجته ، فإذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب أموال المسلمين ، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو ، كذا في الذخيرة » .

٢٨٣٦ - والمتطبب الجاهل يمنع عن تعاطي صنعة الطب لإضراره بالأبدان ، وهو الذي يسقي الناس دواء مهلكًا أو إذا قوى عليهم الدواء فلا يقدر على إزالة ضرره .

٢٨٣٧ - والمكاري المفلس يمنع من تعاطى هذه الصنعة ، وهو الذي يتقبل الكراء ، ويؤجر الدواب ، وأدوات النقل لحمل الأثقال في زمن مخصوص وليس له دواب يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذه منهم في قضاء حاجته فإذا جاء الوقت المعين لذلك يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجتهم ، وإذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو مُتقِن لها أو أراد تعلمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة منع التعرض ؛ لأن احتكار الحرف غير جائز .

٢٨٣٨ - وبالتأمل نرى أن هذا ليس من الحَجْر المصطلح عليه ؛ لأنه ليس منعًا لنفاذ التصرفات وإنما هو منع حسي بدليل أن المفتي لو أفتى بعد الحَجْر وأصاب جازت فتواه ، وكذلك الطبيب لو باع الأدوية نفذ بيعه وحينئذٍ يكون في منع هؤلاء المفسدين للأديان والأبدان والأموال دفع إضرار بالخاص والعام فهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولذا لا يقتصر في هذا الموضوع على هذه الأشياء بل يكون داخلًا فيه ما إذا تعدوا في البيع القيمة فإن الحاكم ينظر ويمنع الناس من ذلك ، وكذا المحتكر للطعام والناس في احتياج إليه وكل ما هو من هذا القبيل .

(مادة ٤٩١)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَأْذَنَ لِلصَّبِيِّ بِالتِّجَارَةِ إِذَا جَرَّبَهُ فَرَآهُ يَعْقِلُ أَنَّ الْبَيْعَ لِلْمِلْكِ سَالِبٌ وَأَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ جَالِبٌ ، وَأَنَّهُ يَعْرِفُ الْغُبْنَ الْيَسِيرَ مِنَ الْفَاحِشِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ غَيْرُ خَافٍ عَلَى مَنْ يَعْقِلُ (١) .

* * *

(مادة ٤٩٢)

يَجُوزُ لِلصَّبِيِّ المَأْذُون لَهُ فِي التِّجَارَة الْبَيْعُ والشِّرَاءُ وَلَوْ بِفَاحِش الْغُبْن وَالتَّوْكِيلُ بِهِمَا والرَّهْنُ والارْتِهَانُ والإِعَارَة ، وَأَخْذُ الأرْض إِجَارةً وَمُسَاقَاة وَمُزَارَعة ، وَالإيجَار وَالإِقْرَارُ بِالْوَدِيعَة وَبِالدَّيْن وَالحط مِنْ الثَّمَنْ بِعيبٍ ، وَالمحَابَاة وَالتَّأْجِيل وَالصُّلْح .

وَلَيْسَ للمَأْذُون أَنْ يُقْرِض وَلَا يهب وَلَا يَكْفُلَ وَلَا يَتَزَوَج إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيه فِي النكَاحِ .

وَلَا يمنع الْوَلِي أَو الْوَصِي فِي التَّصَرف فِي مَالِه .

* * *

٢٨٣٩ – وإن كان الصبي المميز مأذونًا له في الاتجار فكل تصرف تحتاج إليه التجارة يجوز له تولية وينبني على ذلك أن له البيع والشراء لكن إذا كان كل منهما بمثل قيمة أو بغبن يسير وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين جاز اتفاقًا ، أما لو كان بغبن فاحش وهو الذي لا يدخل تحت التقويم بأن باع شيئًا من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئًا من غيره بأزيد من قيمته وكان كل من النقص والزيادة فاحشًا ففيه خلاف . فالصاحبان يقولان بعدم الجواز والإمام الأعظم يخالفهما .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٣٦٩/١) : « (وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء) حتى ينفذ تصرفه ، ذكر الولي ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي ، ومن شرطه : أن يكون يعقل كون البيع سالبًا للملك جالبًا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام ثبت في الصبي فيصير مأذونًا بالسكوت كما في العبد ، ويصح إقراره بما في يده من كسبه ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد » .

٢٨٤٠ - واستدل الصاحبان بأن الغبن الفاحش جارٍ مجرى التبرع بدليل أن المريض مرض الموت إذا باع أو اشترى بغبن فاحش اعتبر من ثُلث المال وأيضًا لا يجوز لكل من الأب والوصي والقاضي أن يبيع شيئًا من أملاك الصغير أو يشتري له شيئًا بغبن فاحش والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز ؛ ولأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده ؛ لأنه إتلاف .

٢٨٤١ - واستدل الإمام بأنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريًا على قضية إطلاق اللفظ ، ولا يجوز تقييده بالغرض ؛ لأن اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة ، على أنا لا نسلم خلوه من الغرض فإن التاجر في العادة كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل إلى غرض لا طريق له إلا بيع ما عنده ، وربما لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عند ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته إلى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار .

٢٨٤٢ - وبالتأمل في الدليلين نرى دليل الصاحبين ظاهر المراد اللَّهم إلا إذا فرضت مسألة يتحقق فيها ما قاله الإمام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليله .

٢٨٤٣ - ومن حيث إن له أن يتولى البيع الشراء بنفيه فله أن يوكل بهما من شاء ؛ لأنه من توابع التجارة إذ ربما لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج إلى المعين وليس هذا خاصًا بالبيع والشراء بل كل تصرف له أن يتولاه بنفسه يصح أن يوكل فيه ؛ لأن التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه وكما أنه يملك البيع والشراء ويملك الرهن والارتهان فله أن يرهن شيئًا من أملاكه بدين عليه وأن يأخذ شيئًا من مدينه ؛ ليكون رهنًا عنده حتى يستوفي دَيْنه ؛ لأن كل منهما من توابع التجارة ؛ إذ الرهن إيفاء للدَّيْن والارتهان استيفاء له .

٢٨٤٤ - وإن كان ذلك لا يتقرر إلا بهلاك المرهون وكما يملك الرهن يملك الإعارة فله أن يعير غيره شيئًا من أملاكه بأن يعطيه له لينتفع به زمنًا بلا مقابل ؛ لأن التُّجار لا يستغنون عن ذلك عادة وله أن يأخذ أرض غيره إجارة بأن يزرعها ويكون كل المحصول له ويدفع له عن كل فدان مبلغًا معلومًا من النقود لكل سنة ، وله أن يأخذ الكرم مساقاة بأن يقوم بجميع لازمه حتى يدرك ثمره ويكون له جزء معلوم منه على

حسب الشرط ، وله أن يأخذ أرض غيره مزارعة بأن يزرعها ويكون عاملًا على الزرع حتى يدرك فيُقَسَّم المحصول بينهما حسب الاتفاق وله أن يعطي أرضه لغيره بالإجارة ويؤجر نفسه أيضًا ؛ لأن ذلك كله يراد به تحصيل المال ، وهو من صنيع التجارة وإذا أقر بأن لفلان عنده كذا وديعة أو دينًا صح إقراره ؛ لأن الإقرار من توابع التجارة ؛ لأنه متى مَلَك التجارة مَلَك ما هو من ضرورتها ، وملك الإقرار بالديون من ضرورات التجارة ؛ لأنه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج إلى أن يقر بذلك ؛ لأن من مَلَك شيئًا مَلَك الإقرار به ولأنه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه بثمن مُؤجل خوفًا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدي إلى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا ظاهر في ديون التجارة أو ما هو في معناها كالغصب والاستهلاك ؛ لأنه في معنى دَيْن التجارة إذ هو دَيْن يلزمه بعوض فلو كان إقراره في غير هذه الديون كما إذا أقرَّ بشيء من تركة أبيه لإنسان ففي رواية الحسن ابن أبي حنيفة لا يقبل هذا الإقرار لعدم الحاجة إلى القبول ؛ لأنه ليس من باب التجارة ، وفي ظاهر الرواية يقبل ؛ لأن فك حَجْرة بالإذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الأموال ورواية الحسن هي الظاهرة .

٢٨٤٥ - ولكن يقال إذا كان الولي لا يملك الإقرار عليه فكيف يملكه وهو مع أنه ولايته مستفادة منه وأجابوا عن ذلك بأنه لما انفك الحَجْر عنه بالإذن صار كأنه انفك بالبلوغ فيقبل إقراره على نفسه بخلاف إقرار الولي ؛ لأنه إقرار على غيره فلا يقبل .

٢٨٤٦ - وإذا باع الصبي المأذون له في التجارة شيئًا ووجده المشتري معيبًا وأراد رده فللصبي أن يسقط من الثمن بقدر النقص الذي يحدثه العيب في المبيع ؛ لأنه من صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فلو كان الحط من غير عيب أو أكثر من العادة فلم يجز ؛ لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجارة فلا ضرورة إليه فإذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر بمحاباة أي بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع وبأزيد منها بالنسبة للشراء وبنقص في الأجرة عند الإيجار وبزيادة فيها عند الاستئجار جاز له ذلك إن كان الغبن يسيرًا اتفاقًا ؛ لأن هذا لا يمكن التحرز منه ، فلو كان الغبن فاحشًا فالإمام يجيزه والصاحبان يلغيانه وقد تقدم دليل كلُ عند الكلام على البيع والشراء ، وإذا كان له دَيْن مستحق الدفع في الحال جاز له أن يؤجل أخذه إلى زمن معلوم . ويجوز له أن يصالح عن دَيْن له بأن يسقط منه جزءًا ويأخذ الباقي ؛ لأن كلًا من التأجيل والصلح من عادات التجار وكل تصرف هذا شأنه ينفذ إن باشره ، فإن كانت تصرفات لا تحتاج إليها التجارة فلا تجوز له مباشرتها .

٢٨٤٧ - وينبني على ذلك أن الصبي المأذون له في التجارة ليس له أن يفرض بأن يعطي شخصًا شيئًا من المثليات ينتفع به ويرد إليه مثله بعد زمن معلوم ؛ لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملكه ولا أن يهب بأن يعطي شيئًا من أمواله بلا عوض ؛ لأنه تبرع محض ، فلو كانت الهبة بعوض لم يجز ذلك أيضًا كما قالوا وينبغي أن يجوز على قول من يجعل الهبة بعِوض مشروط في العقد معاوضة ابتداء وانتهاء وهو الظاهر كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٦) .

٢٨٤٨ - وإذا كان شخص مدينًا لآخر فليس للمأذون له أن يضمن ذلك الدَّيْن بأن يتعهد للدائن بدفعه ؛ لأن هذا لا فائدة فيه إذ لو صح ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون ويُجبَر على دفعه إذ امتنع وربما يكون المدين مُعسِرًا فلا يتمكن من أخذه منه فيعود عليه بالضرر فألغوا الكفالة ، وكذا لو تزوج لم ينفذ بل يكون موقوفًا على إجازة من له ولاية التزويج ؛ لأن عقد الزواج ليس كغيره من باقي العقود ؛ إذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فلابد أن يكون الاختيار مُصادفًا محله حتى يعيشا آمنين وهذا لا بد له من نظر تام في العواقب ولا يقدر على ذلك إلا صاحبا العقل الكامل وهو الولي .

٢٨٤٩ - والذي يملك الإذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف في المال وهو الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصيه ، ثم القاضي أو وصيه ، وغير هؤلاء كالعم ، والأخ ، والأم ، ووصي كلٍّ لا يملك الإذن والسبب في ذلك إنه ليس لهم أن يتصرفوا في ماله بالتجارة فكذلك لا يملكون الإذن فيها ، والأولون يملكون التصرف في ماله بها فكذا يملكون الإذن فيها ، فإن قام كل من الأب أو الجد أو الوصي بالإذن بعد صلاحية الصبي للتجارة فبها ، وإلا فللقاضي أن يأذن له فإن كانت ولايته مُؤخرة عن ولايتهم والسبب في ذلك أن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي ؛ لأنه مما ينتفع به إذ يهتدي به إلى التجارات فإذا امتنع عن الإذن من له الولاية على أمواله صار مانعًا له من حقه فتنتقل الولاية إلى القاضي ومثل هذا الولي في باب النكاح فإنه إذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول انتقلت الولاية إلى القاضي .

٢٨٥٠ - وينبني على ذلك : إنه لو حَجر عليه أحد من هؤلاء بعد إذن القاضي له فحَجْره باطل ؛ لأن الحَجْر فسخ للإذن والإذن صح من القاضي فلا يبطل بحَجْر غيره ، فإن حجر عليه القاضي الذي أذن له بعد عزله يكون هذا الحَجْر لاغيًا ؛ لأنه إنما يصح منه الحَجْر بولاية القضاء ، فإذا انتفت هذه الولاية انتفت ولاية الحَجْر ، فإن حجر

القاضي الذي قام مقامه عمل حَجْره ؛ لأن الثاني نائب عن الإمام الأكبر فكما يصح الحَجْر منه يصح من الذي قام مقامه .

٢٨٥١ – والآذن للصبي إما أن يكون غير القاضي أو القاضي فإن كان الأول يبطل الإذن بموته ويصير الصبي محجورًا عليه ؛ لأنه يتصرف بولايته ورأيه وقد زالت تلك الولاية بالموت وإن كان الثاني فلا يلغو الإذن ؛ لأن إذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا لو كان الآذن حيًا ومنع الصبي من التصرف صار محجورًا عليه إذا كان أهلًا للولاية على أمواله.

٢٨٥٢ – ومن له الولاية على الصبي له أن يتصرف في ماله ولو في حال الإذن له ؛ لأن ولايته لا تنقطع بالإذن والمعتوه المأذون له كالصبي في جميع هذه الأحكام .

٢٨٥٣ – والذي علم مما تقدم بالنسبة للحَجْر على الصغير والمجنون والمعتوه أن تصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

٢٨٥٤ – القسم الأول : تصرفات ضارة ضررًا مَحضًا : كالهِبة ، والصدقة ، والعتاق ، والطلاق .

٢٨٥٥ – الثاني : نافعًا نفعًا مَحْضًا : كقبول الهِبة والوصية .

٢٨٥٦ – الثالث : مترددة بين النَّفع والضَّرر .

٢٨٥٧ – والصبي إما أن يكون غير مميز أو مميز ، والمميز إما أن يكون مأذونًا له في التجارة أو لا .

٢٨٥٨ – فالصبي الغير المميز لا تصح منه التصرفات بجميع أقسامها ، ومثله المجنون والمطبق ؛ لأن صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما ، والصبي المميز إذا كان غير مأذون له في التجارة تصح تصرفاته النافعة له نفعًا محضًا ولو لم يجزها الولي ، وتلغو الضارة له ضررًا محضًا وإن أجازها الولي ، وأما المترددة بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على إجازة من له ولاية على أمواله .

٢٨٥٩ – ومثله المعتوه والصبي المميز المأذون له في التجارة تنفذ تصرفاته التي هي من صنيع التجار ومثله المعتوه المأذون له ، والسبب في ذلك أن الصبي المميز يشبه البالغ من حيث أنه عاقل مميز ، ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في التصرف النافع ، وبالمجنون في الضار ، وفي المتردد بالمعتوه قبل الإذن ، وبالعاقل البالغ بعده .

الحَجْر على المدين

٢٨٦٠ - اعلم أن الخلاف الجاري بين الإمام وصاحبيه في الحَجْر على السفيه جار في الحَجْر على المدين أيضًا ، فإذا كان شخص مدينًا وطلب الدائنون ديونهم وأثبتوها بأي طريق من طرق الإثبات وطلبوا من القاضي الحَجْر عليه .

٢٨٦١ - فالإمام الأعظم يرى أن القاضي لا يجيبهن إلى هذا الطلب ، بل إن كان له مال أمره بأداء ما عليه فإن امتثل فبها ، وإن لم يمتثل حبسه ليتولى هو بيع ماله ويقضي الدين من ثمنه ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضي دفعًا لظلمه وإيصالًا للحق إلى مستحقه ، ولا يكون ذلك إكراهًا على البيع ؛ لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع أمواله وإن شاء بسبب آخر ، فلا يكون ذلك إكراهًا على البيع عينًا .

٢٨٦٢ - واستدل الإمام بأن في الحَجْر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم ، وهذا ضرر عظيم فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ، ولا يتصرف الحاكم في ماله ؛ لأن هذا ليس سوى الحَجْر عليه وقد منعناه خصوصًا وأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي .

٢٨٦٣ - وقال الصاحبان : يجيبهم القاضي إلى هذا الطلب لما روي أن معاذًا ركبه دَيْن ، فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه ؛ ولأن في الحَجْر عليه نظرًا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يقر به لإنسان ثم ينتفع به من جهته على ما كان ؛ ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه ؛ ولذا يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في تلاعنه وغيرها ، ولا يخفى عليك ما تقدم لك من الأدلة أن مذهب الصاحبين هو الظاهر .

٢٨٦٤ - والحَجْر على السفيه والمدين وإن كان الغرض منه حفظ المال ، إلا أنه يختلف بالنسبة للأشياء الآتية :

٢٨٦٥ - **أولًا** : أن الحَجْر على السفيه مراعى فيه حق الشخص نفسه ، والحَجْر على المدين إنما هو لحق الغير وهم الدائنون .

٢٨٦٦ - **ثانيًا** : الحَجْر على السفيه يكون في كل التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كما عرفته في مبحثه ، وأما الحَجْر على المدين ؛ فإنما يكون بالنسبة للتصرفات التي تضر بصالح الغرماء ؛ كالهبة ، والوصية ، وبيع شيء من أملاكه بأقل

من قيمته ، وشرائه شيئًا بأكثر من القيمة .

٢٨٦٧ - **ثالثًا** : الحَجْر على السفيه يتناول المال الموجود وقت الحَجْر ، والمال الذي اكتسبه بعده ؛ ولكن الحَجْر على المدين لا يكون إلا بالنسبة لماله الموجود وقت الحَجْر .

٢٨٦٨ - وينبني على ذلك : أنه إذا أقر بدين في حالة الحَجْر لزمه ذلك لكن لا يؤخذ إلا بعد قضاء الديون أنه تعلق بالمال الموجود وقت الحَجْر حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار به لغيرهم بخلاف ما إذا استهلك مالًا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك ، لأن الاستهلاك فعل حسي ولا حَجْر في الأفعال الحسية ؛ لأنه لا يتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الإقرار ؛ لأن اعتباره شرعي فأمكن الحَجْر فيه .

٢٨٦٩ - ولأنه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبًا فيرد إقراره للتهمة حتى لو انتفت بأن كان السبب وجوب الدَيْن المقر به ثابتًا عند القاضي بعلمه ، أو بشهادة الشهود شارك المقَرُّ له الغرماء ويؤخذ من هذا أنه لو استفاد مالًا آخر بعد الحَجْر نفذ إقراره فيه ؛ لأن الحَجْر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحَجْر ؛ لا بالمستفادة بعده وبعدما يحَجْر القاضي على المدين يأمره بقضاء دينه بأي طريق كان .

٢٨٧٠ - فإن امتثل فبها ، وإن لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من أمواله ما يفي بدينه .

٢٨٧١ - فإن كانت أمواله لا تفي بالديون باع القاضي جميعها وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية ؛ بأن يأخذ كل من الدائنين من ثمن ما يباع بنسبة دينه .

٢٨٧٢ - فإذا فرض أن شخصًا مدين بألفي جنيه مثلًا لثلاثة أشخاص ؛ لأحدهم ألف ، وللآخر ستمائة ، وللثالث أربعمائة وجميع أمواله لا تساوى إلا ألف جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم .

٢٨٧٣ - وطريق معرفة ذلك : أن تقسم ما عنده من المال على جميع الديون ، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم ، فالخارج هو ما يخص ذلك الدائن .

٢٨٧٤ - ففي المثال المتقدم : بلغ جميع الديون ألفي جنيه ، وأمواله التي يمتلكها ألفين ، فبقسمته على ألف ؛ يكون خارج القسمة ، وبضربه في دين كل منهم ، يحصل لكل منهم نصف دينه ، هكذا :

١٠٠٠/٢٠٠٠ = ٥٠٠/١٠٠٠ = ٢٥٠/٥٠٠ = ٢٥/٥٠ = ١/٢

١/٢ × ١٠٠٠ = ١٠٠٠/٢ = ٥٠٠/١ = ٥٠٠

٢٨٧٥ - فيكون هذا نصيب الدائن بألف ، ونصيب الدائن بستمائة، وكذا نصيب الدائن بأربعمائة ينتج بمثل هذا العمل ، وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل .

٢٨٧٦ - ولك أن تقول من أول الأمر : حيث إن جميع أمواله تساوي نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه ؛ فإن كان يساوي الثلث فكل يأخذ ثلث دينه وهكذا ، فاتبع ما يسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود بأي طريق كان .

٢٨٧٧ - ومن حيث إن القاضي نصب ناظرًا ، فينبغي أن ينظر للمدين كما نظر إلى الدائن وينبني على ذلك أنه يبدأ ببيع ما هو أنظر للمدين فيبيع أولًا العروض بادئًا بما يخشى عليه التلف ثم بما لا يخشى عليه منه ؛ لأن العروض قد تعد للتقليب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر ببيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة .

٢٨٧٨ - ولكن عندما يبيع القاضي أمواله لقضاء دينه فلا يبيعها كلها ولو كانت مستغرقة بالدين ؛ بل يترك له النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته ، سواء كان زوجة أو غيرها ؛ ولا شك في أن النفقة تشمل السكنى ، والكسوة ، والطعام فيترك له بيتًا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ، ومن الثياب كذلك ، ومن الطعام ما يكفيه إلى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب .

٢٨٧٩ - فإن كان كسبه يوميًا ، أو أسبوعيًا ، أو شهريًا ، أو سنويًا ترك له ما يكفيه هذه المدة ؛ لأنه بعد مضيها يحصل على شيء جديد ينفق منه ؛ ولا شك أن كل هذه الأحكام إذا كان المدين عنده مال ، سواء كان وافيًا بديونه ، أو غير وافٍ بها ؛ فإن ثبت لدى القاضي أنه لا يملك شيئًا من الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته فوجب ، إنظاره لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (١) .

---

(١) البقرة : ٢٨٠ .

الحَجْر على صاحب الغفلة

٢٨٨٠ – صاحب الغفلة : هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته ، وهذا لا يحجر عليه أيضًا عند الإمام الأعظم .

٢٨٨١ – وقال الصاحبان ومن وافقهما : يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرًا له ، ولأنه كان في زمن النبي ﷺ رجل يسمى : منقذ بن عمرو ؛ وكان يغبن في البيع فرفع أهله أمره إلى النبي طالبين الحَجْر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ، بل أحضره ونهاه عن البيع فقال : يا نبي الله ، إني لا أصبر عن البيع ، فقال : « **إن كنت في غير تارك له فبايع وقل : لا خلابة ولي الخيار ثلاثًا** » [1] .

٢٨٨٢ – فلو لم يكن الحَجْر مشروعًا لما أقرهم على هذا الطلب ، والإمام الأعظم يقول : إن هذا الحديث لا يدل على الحَجْر بل على عدمه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى طلبهم ؛ وإنما قال له قل : « **لا خلابة** » الحديث ، ولو كان الحَجْر مشروعًا لأجابهم إليه ، ومذهب الصاحبين ظاهر المراد والدليل العقلي يشهد له ، وكذا الدليل النقلي بعد تأمل اللبيب في مغازي الحديث .

---

(١) سنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : الحَجْر على من يفسد ماله / ٢٣٥٥) .

الفصل الثاني
في سن التميـيز والمراهقة والبلوغ

(مادة ٤٩٣)

سِنُّ التَّمْيِيزِ لِلْوَلَدِ سَبْعُ سِنِينَ فَأَكْثَرَ ، فَإِذَا بَلَغَ سِنُّ الْغُلَامِ سَبْعَ سِنِينَ ، يُنْزَعُ مِنَ الْحَاضِنَةِ وَتَنْتَهِي مُدَّةُ حَضَانَتِهِ .

وَفِي الأُنْثَى تَنْتَهِي بِبُلُوغِهَا حَدَّ الشَّهْوَةِ ، وَقُدِّرَ بِتِسْعِ سِنِينَ، وَهُوَ سِنُّ الْمُرَاهَقَةِ لَهَا . وَسِنُّ الْمُرَاهَقَةِ لِلْغُلَامِ : اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٢/١) : « والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني ، وقدر بسبع سنين ، وقال القدوري : حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويستنجي وحده ، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، والفتوى على الأول والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ، وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق وهذا صحيح هكذا في التبيين » .

وجاء في رد المحتار (٣٥/٣) : « سن المراهقة وأقله للأنثى تسع ، وللذكر اثنا عشر » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠٧/٤ ، ٢٠٨) : « وحضانة الذكر للبلوغ ، والأنثى كالنفقة للأم يعني أن الحضانة ثابتة وكائنة للأم كان المحضون ذكرًا ، أو أنثى لكن حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ من غير شرط على المشهور ، وعند ابن شعبان حتى يبلغ عاقلًا غير زمن وإن صدر به ابن الحاجب لكنه متعقب والأنثى لدخول الزوج بها ولا تكفي الدعوة إلى الدخول ولا يعتبر هنا البلوغ بالإنبات ، وقولنا : « المحقق » احترزنا به عن الخنثى المشكل ؛ فإنه لا يخرج عن الحضانة ما دام مشكلًا ، وبما قررنا أن الدعاء للدخول غير معتبر بخلاف وجوب النفقة على الزوج فتعتبر علمت ما في التشبيه في كلام المؤلف » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٣٠/٩) : « (وإذا بلغ الغلام سبع سنين : خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما) هذا المذهب بلا ريب ، وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم : هذا المذهب قال في القواعد الفقهية : هذا ظاهر المذهب ، قال الزركشي : هذا المشهور في المذهب وجزم به الخرقي ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والخلاصة ، والكافي ، والهادي ، والعمدة ، والوجيز ، وإدراك الغاية ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم ، وقدمه في المستوعب ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، وعنه : أبوه أحق ، قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، لكن قالا : المذهب الأول ، وعنه : أمه أحق ، قال الزركشي : وهي أضعفهما ، وأطلقهن في الفروع .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يخير لدون سبع سنين ، وهو صحيح ، وهو المذهب وعليه الأصحاب ونقل أبو داود رحمه الله : يخير ابن ست أو سبع ، قلت : الأولى في ذلك : أن وقت الخيرة إذا حصل له التمييز ، والظاهر : أنه مرادهم ؛ ولكن ضبطوه بالسن ، وأكثر الأصحاب يقول : إن حد سن التمييز سبع سنين ، كما

٢٨٨٣ - لما كان للصبي والصبية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما وزمن الصبا ليس في حكم بين الفقهاء أطوار الصبا ليبنوا على كل طور منها الأحكام المناسبة له فجعلوا أدوار الولد ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا قبل البلوغ ثلاثة : الدور الأول : عدم التمييز ، الدور الثاني : دور التمييز ، الثالث : المراهقة .

٢٨٨٤ - فما دام الولد ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا لم يبلغ سبع سنوات يكون في الدور الأول وفي هذه المدة لا تصح جميع تصرفاته ولو كانت نافعة له نفعًا محضًا ؛ لأن صحة العبارة تبنى على التمييز ، ولا تمييز عنده فتلغو جميع تصرفاته كالمجنون ، ولو فرض أن لبعض الصبيان تميزًا جيدًا لم يعتبر أيضًا ؛ إذ المدار على بلوغ هذا السن لانضباطه ، فتعلق به الحكم وكون البعض عنده ذلك التمييز لا ينبى الفقه باعتباره ، لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية .

٢٨٨٥ - وما دام الولد في هذه المدة لا ينزع من الحاضنة ويسلم للأب ؛ لأنه في هذا الدور يحتاج إلى من يقوم بخدمته وتربيته ، ولا شك أن الأم أو غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشئونه ما دام كذلك فتكون مصلحته في البقاء عندها .

٢٨٨٦ - فإذا بلغ سبع سنين فقد دخل في الدور الثاني فيعتبر مميزًا وحينئذٍ تكون له أحكام تخالف أحكامه في الدور الأول فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعًا محضًا ، كقبول الهبة والصدقة وإن لم يجزها الولي ، أو الوصي وتتوقف عقوده الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء على إجارة الولي ، أو الوصي وتلغو عقوده المضرة له ضررًا محضًا ، كالهبة ، والوصية وكل من البيع والشراء .

٢٨٨٧ - وإن وقع في بعض الأحايين نفعًا محضًا بأن باع شيئًا بضعف قيمته ، أو اشترى شيئًا بنصف قيمته مثلًا ، إلا أن العبرة بأصل الوضع دون ما يعرض باتفاق الحال وكل منهما في أصل وضعه متردد بين النفع والضرر بخلاف الهبة ؛ لأنها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر إلى ما يعرض لها في بعض الأوقات من أنها قد تكون نفعًا محضًا بحسب ما يترتب عليها ؛ لأن الفقه إنما ينبني على المظان الكلية .

تقدم ذلك في كتاب الصلاة قوله : (وإن عاد فاختار الآخر : نقل إليه ، ثم إن اختار الأول رد إليه) هذا المذهب ، ولو فعل ذلك أبدًا وعليه الأصحاب ، وقال في الترغيب ، والبلغة : إن أسرف تبين قلة تمييزه ، فيقرع ، أو هو للأم ، قاله في الفروع وقال في الرعاية : وقيل : إن أسرف فيه ، فبان نقصه : أخذته أمه ، وقيل : من قرع بينهما » .

٢٨٨٨ - ومتى بلغ الولد هذا السن فإن كان مذكرًا انتهت مدة حضانته فيؤخذ من الحاضنة ويسلم إلى أبيه ، وإن كان مؤنثًا تترك عندها إلى أن تبلغ تسع سنوات فتنزع منها وتسلم إلى الأب .

٢٨٨٩ - والسبب في ذلك أن الولد له حقوق على الوالدين ، ومن حقوقه مراعاة مصلحته ، ومصلحته تقتضي ذلك إذا الولد متى صار مميزًا واستغنى عن خدمة النساء دخل في دور الاستعداد لما يلزمه في مستقبل الأيام .

٢٨٩٠ - فإن كان مذكرًا سلم إلى الأب لينظر فيما هو مستعد له من تعلم علم أو صنعة ويوجهه إليه ؛ إذ هو أقدر من الحاضنة على ذلك .

٢٨٩١ - وإن كان مؤنثًا احتاجت إلى تعلم الأمور المنزلية التي ستكلف بها في المستقبل الأيام ؛ ولا شك أن الحاضنة أقدر على هذه الأشياء من الأب ، أو غيره من العصبات .

٢٨٩٢ - ومتى بلغ المذكر اثنتي عشرة سنة ، والأنثى تسع سنين كان كل منهما مراهقا أي : مدانيًا للحلم ، فالمراهقة : القرب من الشيء يقال : رهقه رهقًا أي : دنا منه ، ومن هذا المعنى قوله ﷺ : « **إذا صلى أحدكم إلى سترة فليرهقها** » .

٢٨٩٣ - فإن ادعى كل منهما البلوغ بالاحتلام ، وكان الظاهر لا يكذبه بأن كان بحال يحتلم مثله فيها قبل قوله ، لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهته فيقبل فيه قوله كما يقبل قول امرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض .

٢٨٩٤ - ولكن عندما يدعي البلوغ يسأله القاضي ويستفسر منه عن كل شيء يوصله إلى الحقيقة احتياطًا ، كما هو الشأن في كل دعوى ؛ لأنه من الجائز أن يلقن الإقرار لفائدة تعود على الملقن ، كما هو شأن كثيرين في هذا الزمان ، ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضي كانت أحكامهما أحكام البالغين .

(مادة ٤٩٤)

بُلُوغُ الْغُلَامِ بِـ : الاحْتِلَامِ ، وَالإِنْزَالِ ، وَالإِحْبَالِ . وَبُلُوغُ الْبِنْتِ بِـ : الْحَيْضِ ، وَالْحَبَلِ ، وَالاحْتِلَامِ مَعَ الإِنْزَالِ .

فَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ هَذِهِ الْعَلَامَات ، يُحْكَمُ بِبُلُوغِهِمَا إِذَا بَلَغَا مِنَ السِّنِّ خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥/٦١) : « بلوغ الغلام بالاحتلام ، أو الإحبال ، أو الإنزال ، والجارية بالاحتلام ، أو الحيض ، أو الحبل ، كذا في المختار ، والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية إذا انتهيا إليه خمس عشرة سنة عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى ، وعند أبي حنيفة رحمه الله ثماني عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية ، كذا في الكافي » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٥/٢٩١ ، ٢٩٢) : « ولما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولية إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها أشار المؤلف إلى أنها خمس منها مشترك ، ومختص ، وعطفها بأو ، لئلا يتوهم أن العلامات مجموعها أولها السن وهو مشترك بين الذكر ، والأنثى بقوله بثماني عشرة سنة ، أي : بتمام ثماني عشرة سنة على المشهور وشهر غير المؤلف ستة عشر ، ولابن وهب خمسة عشر سنة ، ثم إن العلامات ليست منحصرة فيما ذكر المؤلف ؛ لأن منها فرق أرنبة المارن ، ونتن الإبط ، وغلظ الصوت ، ومن ذلك أن تأخذ خيطًا وتثنيه وتديره برقبته وتجمع طرفيه في أسنانه ؛ فإن دخل رأسه منه فقد بلغ ، وإلا فلا ، أو الحلم أشار بهذا إلى ثاني المشترك وهو الحلم اتفاقًا وهو الإنزال في النوم ويدخل بقياس الأحروية الإنزال يقظة وأشار للثالث ، والرابع المختصين بالأنثى بقوله ، أو الحيض ، أو الحمل ، والمراد بالحيض الذي لم يتسبب في جلبه ، وإلا فيكون علامة ، وللخامسة المشتركة وإنما أخرها لقوة الخلاف فيها بقوله ، أو الإنبات للعانة ، وإن لم يكن إنزال ، ولا بلوغ سن ، والمراد به الخشن لا الزغب وقوله ، أو الإنبات ، أي : للعانة لا الإبط ، أو اللحية ؛ لأنه يتأخر عن البلوغ ، ثم إن المراد بالإنبات النبات ؛ لأن النبات هو إنبات الله تعالى لا اطلاع لنا عليه فلو عدل عن المصير المزيد إلى المجرد لكان أولى بمراده ، وهل إلا في حقه تعالى تردد يعني : أن الإنبات المذكور ، هل هو علامة للبلوغ مطلقا في حقوق الله تعالى من صلاة وصوم ونحوهما ؟ ، مما لا ينظر فيه الحكام وحقوق الآدمي من حد ، وطلاق ، وقصاص ونحوها مما ينظر فيه الحكام ، وهو ظاهر كلام المازري وغيره ، أو هو علامة في حقوق الآدمي ، وأما حقوق الله فهو علامة في الظاهر كلزوم الطلاق ، والعتاق ونحوهما ، وأما مثل وجوب الصلاة وشبهها ؛ فإنه لا يكون علامة ، قاله ابن رشد وإلى ذلك أشار بالتردد وصدق إن لم يرب ، أي : وصدق مدعي البلوغ ، أو عدمه طالبًا كان ، أو مطلوبًا في الاحتلام ، أو الإنبات كما لو ادعي على الصبي البلوغ لإقامة حد جناية فأنكر ، أو ادعى هو البلوغ ليأخذ سهمه في الجهاد مثلًا ؛ فإنه يصدق في الوجهين إن لم يرب في قوله ، وإلا فلا يصدق ، فالضمير في وصدق للصبي أي : وصدق في ادعاء البلوغ إثباتًا ونفيًا طالبًا ، أو مطلوبًا إن لم يرب هذا إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، أو الحيض ، أو الإنبات ، وأما إذا ادعاه بالسن =

....

= فلا بد من إثبات ذلك بالعدد ، أو بالحمل فلا يلتفت لقولها حيث لم يكن ظاهرًا وينتظر الأمر في ذلك حتى يظهر ، وفي عبارة وصدق الصبي في بلوغه إن لم يرب فإن حصلت ريبة فلا يصدق طالبًا ، كما لو ادعى أنه بلغ ليأخذ سهمه في الجهاد ونحوه ، أو مطلوبًا كما إذا جنى جناية وادعي عليه البلوغ ليقام عليه الحد فأنكر ذلك كما في الشارح ، لكن المعتمد تصديقه فيما إذا كان مطلوبًا في هذا الفرض المذكور ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات وفي كلام المواق ما يفيده » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٩٧/٤ ، ٢٩٨) : « البلوغ يحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء ، وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها ، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى ، فأولها خروج المني من قبله ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، فكيفما خرج في يقظة ، أو منام ، بجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ ، لا نعلم في ذلك اختلافًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا ﴾ وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ ، وقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ؛ عن الصبي حتى يحتلم » . وقوله ﷺ لمعاذ : « خذ من كل حالم دينارًا » ، رواهما أبو داود ، وقال ابن المنذر وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها .

وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذي استحق أخذه بالموسى ، وأما الزغب الضعيف ، فلا اعتبار به ؛ فإنه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في الآخر : هو بلوغ في حق المشركين ، وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ ، فيه قولان ، وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به ؛ لأنه نبات شعر ، فأشبه نبات شعر سائر البدن .

ولنا : أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة ، حكم بأن تقتل مقاتلتهم ، وتسبى ذراريهم ، وأمر أن يكشف عن مؤازرتهم ، فمن أنبت ، فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت ، ألحقوه بالذرية ، وقال عطية القرظي : عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة ، فشكوا في ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي ، هل أنبت بعد ؟ ، فنظروا إلي ، فلم يجدوني أنبت بعد ، فألحقوني بالذرية ، متعلق على معناه ، وكتب عمر ﷺ إلى عامله ؛ أن لا تأخذ الجزية إلا ممّن جرت عليه المواسي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان ، أن غلامًا من الأنصار شبب بامرأة في شعره ، فرفع إلى عمر ، فلم يجده أنبت ، فقال : لو أنبت الشعر لحددتك ؛ ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبًا ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ، فكان علمًا على البلوغ ، كالاحتلام ؛ ولأن الخارج ضربان ، متصل ، ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ ، كان كذلك المتصل . وما كان بلوغًا في حق المشركين ، كان بلوغًا في حق المسلمين ، كالاحتلام ، والسن ، وأما السن ، فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الأوزاعي ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال داود : لا حد للبلوغ من السن ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم » ، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك وقال أصحابه : سبع عشرة ، أو ثماني عشرة .

وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان ، إحداهما : سبع عشرة ، والثانية : ثماني عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال ؛ لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف ، أو اتفاق ، ولا توقيف في ما دون هذا ، ولا اتفاق .

ولنا : أن ابن عمر قال : « عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني في القتال ، =

٢٨٩٥ - فقد علمت أنه متى بلغ سن الغلام اثنتي عشرة سنة ، والأنثى تسع سنين فقد دخل كل منهما في دور يحتمل أن يبلغ فيه ؛ ولذا يقبل قوله إذا ادعاه بالطريقة المتقدمة .

٢٨٩٦ - والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والأنوثة .

٢٨٩٧ - فبالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الإنزال ، أو بالإنزال بأى سبب كان أو بالإحبال ، والأصل هو الإنزال فإن الاحتلام لا يعتبر إلا معه ، والإحبال لا يتأتى إلا به .

٢٨٩٨ - وبالنسبة للأنثى يعرف بالحيض ، أو الحبل ، أو الاحتلام مع الإنزال .

٢٨٩٩ - فإن ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما وإن لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما إلا بالسن اتفاقًا ، ولكن اختلفوا في مقدار ذلك السن فقال الإمام الأعظم : هو للغلام ثماني عشرة سنة ، وللأنثى سبع عشرة سنة .

٢٩٠٠ - وقدره الصاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما واستدل الصاحبان بما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني - أي : في المقاتلة - ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني [1] .

= وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة ، فأجازني » . متفق عليه .
وفي لفظ : عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ، ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة ، فأجازني ، فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز ، فكتب إلى عماله : أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة ، رواه الشافعي في « مسنده » ، ورواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح ، وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه ، وأخذت منه الحدود » ؛ ولأن السن معنى يحصل به البلوغ ، يشترك فيه الغلام والجارية ، فاستويا فيه ، كالإنزال ، وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ، ففيما رويناه جواب عنه ، وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل ، ولهذا كان إنبات الشعر علمًا ، وأما الحيض : فهو علم على البلوغ ، لا نعلم فيه خلافًا ، وقد قال النبي ﷺ : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » ، رواه الترمذي وقال : حديث حسن ، وأما الحمل فهو علم على البلوغ ؛ لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى : ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ ۝ خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ۝ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾ ، وأخبر النبي ﷺ بذلك في الأحاديث ، فمتى حملت ، حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه » .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الشهادات / باب : بلوغ الصبيان وشهادتهم / ٢٦٦٤) ، وصحيح مسلم (كتاب : الإمارة / باب : بيان سن البلوغ / ١٨٦٨) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الحدود / باب : من لا يجب عليه الحد / ٢٥٤٣) .

٢٩٠١ - فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه إلا لأنه بلغ ولم يرده إلا لأنه لم يبلغ ؛ ولأن البلوغ لا يتأخر عن هذا السن عادة وهو إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه .

٢٩٠٢ - واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ (١) ، وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس .

٢٩٠٣ - وقيل : أكثر من ذلك ، فأقل ما قيل هو المذكور، فوجب تعليق الحكم به للاحتياط ، غير أن الإناث نشووهن وإدراكهن أسرع فزدنا في حق الغلام سنة ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة فيقوى فيه ، وقول الصاحبين هو المفتى به .

(مادة ٤٩٥)

إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَالصَّبِيَّةُ رَشِيدَيْنِ ، تَزُولُ عَنْهُمَا وِلايَةُ الْوَلِيِّ أَوِ الْوَصِيِّ ، وَيَكُونُ لَهُمَا التَّصَرُّفُ فِي شُئُونِ أَنْفُسِهِمَا ، وَلا يُجْبَرَانِ عَلَى النِّكَاحِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ بِهِمَا عَتَهٌ أَوْ جُنُونٌ .

وَلَا تَزُولُ عَنْهُمَا وِلايَةُ الْوَلِيِّ أَوِ الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ بِمُجَرَّدِ الْبُلُوغِ ، بَلْ بِظُهُورِ الرُّشْدِ وَحُسْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ (٢) .

* * *

(١) الأنعام : ١٥٢ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦/٥) : « اليتيم إذا بلغ بالسن رشيدًا وماله في يد وصيه أو وليه ؛ فإنه يدفع إليه ماله ، وإن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة ، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله يدفع إليه ماله يتصرف فيه ما شاء ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - : لا يدفع إليه ماله بل يمنع عنه ، وإن بلغ سبعين سنة ، أو تسعين ما لم يؤنس منه الرشد ، وإن بلغ اليتيم سفيها عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ تصرفاته ؛ لأنه لا يرى الحَجْر على الحر العاقل البالغ ، وعند صاحبيه بعدما حَجْر عليه القاضي لا تنفذ تصرفاته ، إلا أن القاضي يمضي من تصرفاته ما كان خيرًا للمحجور بأن ربح فيما باع والثمن قائم في يده أو حوبي فيما اشترى ، فإن بلغ اليتيم مصلحًا فاتجر بماله وأقر بديون ووهب وتصدق وغير ذلك ، ثم فسد وصار بحال يستحق الحَجْر ، فما صنع من التصرفات قبل الفساد تكون نافذة ، وما صنع بعدما فسد تكون باطلة عند محمد رحمه الله ، حتى لو رفع إلى القاضي يمضي ما فعل قبل الفساد ويبطل ما فعل بعد الفساد ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله بنفس الفساد لا يصير محجورًا ما لم يحْجُر عليه القاضي ، حتى لو رفع ذلك إلى القاضي يحْجُر عليه ويمضي ما فعل قبل الحَجْر ، وهو عنده بمنزلة الحَجْر بسبب الدين ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

=

....

= قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢/٢٠٧ ، ٢٠٨) : « (فرع لا بد من الاختبار) لرشد الصبي في المال ليعرف رشده وعدم رشده (فليختبر ولد التاجر في المماكسة) في البيع والشراء ، بأن ينقص عما طلبه معامله أو بزيادة عليه (وولد الزراع) وفي نسخة الزارع (في الإنفاق على القوام بها) وهم الذين استؤجروا على القيام بمصالح الزرع كالحرث ، والحصد ، والحفظ (والمرأة في القطن والغزل) أي : فيما يتعلق بهما من حفظ ، أو غيره (وصوت الأطعمة عن الهرة والفأرة) ونحوهما (وحفظ متاع البيت) وولد الأمير ونحوه في الإنفاق مدة في خبز ، وماء ، ولحم ، ونحوها وكل ذلك على العادة في مثله (مرات) يعني مرتين فأكثر فلا يكفي مرة ؛ لأنه قد يصيب فيها اتفاقًا (وكل) من المذكورين وغيرهم يختبر (بما يليق به) لو قدم هذا كأصله على قوله فليختبر كان أولى (حتى) وفي نسخة بحيث (يغلب على الظن بالرشد وذلك) أي : الاختبار (قبل البلوغ) لآية ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ ، واليتيم إنما يقع على غير البالغ ؛ ولأنه لو كان بعده لأدى إلى أن يحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر وهو باطل (ويسلم إليه المال ليماكس لا ليعقد) ؛ لأنه لا يصح عقده فإذا أراد العقد عقد الولي (فإن تلف) المال (في يده لم يضمنه الولي) ؛ لأنه مأمور بالتسليم إليه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤/٢٩٦ ، ٢٩٧) : « لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين ، البلوغ ، والرشد ولو صار شيخًا ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز ، والعراق ، والشام ، ومصر ، يرون الحَجْر على كل مضيع لماله ، صغيرًا كان أو كبيرًا ، وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وروى الجوزجاني ، في « كتابه » ، قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال ، فلا يجوز له أمر في ماله دونه ؛ لضعف عقله ، قال ابن إسحاق : رأيته شيخًا يخضب ، وقد جاء إلى القاسم بن محمد ، فقال : يا أبا محمد ، ادفع إلي مالي ؛ فإنه لا يولى على مثلي فقال : إنك فاسد ، فقال : امرأته طالق ألبتة ، وكل مملوك له حر ، إن لم تدفع إلي مالي ، فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه ، فبعث إلى امرأته ، وقال : هي حرة مسلمة ، وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها ، فأرسل إليها فأخبرها ذلك ، وقال : أما رقيقك فلا عتق لك ، ولا كرامة ، فحبس رقيقه .

قال ابن إسحاق : ما كان يعاب على الرجل إلا سفهه ، وقال أبو حنيفة : لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة ، وإن تصرف نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة ، فك عنه الحَجْر ، ودفع إليه ماله ؛ لقول اللَّه تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ ، وهذا قد بلغ أشده ، ويصلح أن يكون جدًا ؛ ولأنه حر بالغ عاقل مكلف ، فلا يحجر عليه ، كالرشيد ، ولنا ، قول اللَّه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ ، علق الدفع على شرطين ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما ، وقال اللَّه تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ ، يعني أموالهم ، وقول اللَّه تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ فأثبت الولاية على السفيه ، ولأنه مبذر لماله ، فلا يجوز دفعه إليه ، كمن له دون ذلك .

وأما الآية التي احتج بها ، فإنما يدل بدليل خطابها ، وهو لا يقول به ، ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع ، لعلة السفه ، وهو موجود بخمس وعشرين ، فيجب أن تخص به أيضًا ، كما أنها لما =

٢٩٠٤ - ومتى ثبت بلوغ الولد ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا بإحدى العلامات المتقدمة ، أو بالسن ، فإما أن يكون كل منهما غير عاقل أو عاقلًا ، وإن كان عاقلًا ؛ فإما أن يكون رشيدًا أي : محسنا للتصرف في ماله أو لا .

٢٩٠٥ - فإن كان غير عاقل بأن كان مجنونًا أو معتوهًا فلا تزول عنه الولاية ؛ بل

= خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين ، خصصت أيضًا بخمس وعشرين ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص ، وما ذكروه من كونه جدًّا ليس تحته معنى يقضي الحكم ، ولا له أصل يشهد له في الشرع ، فهو إثبات للحكم بالتحكم ، ثم هو متصور في من له دون هذه السن ، فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة ، وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحَجْر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ، ولا إقراره .

وقال أبو حنيفة : يصح بيعه وإقراره ، وإنما لا يسلم إليه ماله ؛ لأن البالغ عنده لا يحْجر عليه ، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية ، وقال أصحابنا في إقراره : يلزمه بعد فك الحَجْر عنه ، إذا كان بالغًا .

ولنا : أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ، فلا يصح تصرفه وإقراره ، كالصبي ، والمجنون ، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ، ولم يفد منعه من ماله شيئًا ؛ ولأن تصرفه لو كان نافذًا ، لسلم إليه ماله ، كالرشيد ؛ فإنه إنما يمنع ماله حفظًا له ، فإذا لم يحفظ بالمنع ، وجب تسليمه إليه بحكم الأصل » .

وجاء فيه أيضًا (٣٠١/٤) : « وإنما يعرف رشده باختباره ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ ، يعني اختبروهم ، كقوله تعالى : ﴿ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾ أي : يختبركم ، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله إليه ؛ فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع ، والشراء ، فإذا تكررت منه ، فلم يغبن ، ولم يضيع ما في يديه ، فهو رشيد ، وإن كان من أولاد الدهاقين ، والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق ، رفعت إليه نفقة مدة ، لينفقها في مصالحه ، فإن كان قيمًا بذلك ، يصرفها في مواقعها ، ويستوفي على وكيله ، ويستقصي عليه ، فهو رشيد .

والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت ، من استئجار الغزالات ، وتوكيلها في شراء الكتان ، وأشباه ذلك ، فإن وجدت ضابطة لما في يديها ، مستوفية من وكيلها ، فهي رشيدة ، ووقت الاختبار قبل البلوغ ، في إحدى الروايتين ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ، فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ ، لوجهين ؛ أحدهما : أنه سماهم يتامى ، وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ ، والثاني : أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة : (حتى) ، فدل على أن الاختبار قبله ؛ ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحَجْر على البالغ الرشيد ؛ لأن الحَجْر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده ، واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك ، فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز ، الذي يعرف البيع والشراء ، والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف ، صح تصرفه ، على ما ذكرنا فيما مضى .

وقد أومأ أحمد في موضع إلى اختباره بعد البلوغ ؛ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين » .

يكون صاحب الولاية على النفس والمال متصرفًا كما كان قبل البلوغ وإن كان عاقلًا ، ولكنه غير محسن للتصرف في ماله زالت عنه الولاية على النفس من حيث الزواج وبقيت ولاية المال ويترتب على هذا أن الولد له أن يزوج نفسه بدون مدخل للولي ، ولكن المقام فيه تفصيل .

٢٩٠٦ - وبيانه : أن الولد إن كان مذكرًا فله أن يتزوج من شاء وليس للولي حق الاعتراض .

٢٩٠٧ - وإن كان مؤنثًا فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل نفذ العقد ولزم ، وليس للولي حق الاعتراض أيضًا ؛ لأنه لا يلحقه ضرر في هذه الحالة وإن تزوجت بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل كان للولي العصبة حق الاعتراض على الزواج ، فإما أن يتمم مهر المثل ، وإما أن يرفع الولي الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد .

٢٩٠٨ - وإن تزوجت بغير كفء ولو كان المهر أكثر من مهر المثل كان العقد غير صحيح ، إلا إذا رضي الولي قبل العقد بزواجها منه ، وقد تقدم لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادتي (٥١ ، ٥٢) فارجع إليه إن شئت .

٢٩٠٩ - وأما الولاية على المال فلا تزول في هذه الحالة بل تبقى مستمرة إلى أن يظهر رشده ولو بلغ من السن ما بلغ عند الصاحبين .

٢٩١٠ - وقال الإمام : تستمر إلى أن يبلغ خمسًا وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها فيسلم إليه ماله ولو كان مبذرًا ، وقد عرفت هذا المقام في شرح مادة (٤٧٨) ؛ وإن كان عاقلًا محسنًا للتصرف في ماله زالت الولايتان .

(مادة ٤٩٦)

لَا خِيَارَ لِلْوَلَدِ بَيْنَ أَبَوَيْهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى .

* * *

٢٩١١ - وإذا كان الولد قبل البلوغ لا يمكنه أن يميز الضار من النافع له تمامًا لنقص عقله ، نظر إليه الشارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم فلم يجعل له تصرفا في نفسه ؛ بل حكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه في هذا الدور وهي الأم .

٢٩١٢ - فإذا بلغ سن التمييز وذلك هو الدور الثاني فإن كان مذكرًا سلم إلى الأب ليعده إلى ما ينفعه في مستقبله ، وإن كان مؤنثًا أقام عند الأم سنتين لتستعد فيها إلى ما هي مطالبة به في المستقبل ، وبعدهما تسلم للأب لقدرته على صيانتها بعد بلوغ حد الشهوة ، ولهذا لا يخير الولد قبل البلوغ ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ليقيم عند من يختاره منهما ، بل يكون عند كل واحد منهما في الدور الذي رأى الشارع فيه مصلحته ولو خالف رأيه ، لأن رأيه غير معتد به والشارع حكيم وضع الأشياء في محلها .

(مادة ٤٩٧)

إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ رَشِيدًا ، وَكَانَ مَأْمُونًا عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَإِنْ شَاءَ أَقَامَ عِنْدَ مَنْ يَخْتَارُهُ مِنْهُمَا ، وَإِنْ شَاءَ انْفَرَدَ عَنْهُمَا (١) .

* * *

٢٩١٣ - فإذا بلغ الغلام فإما أن يكون غير مأمون على نفسه ، وإما أن يكون مأمونًا ؛ فإن كان الأول فلا خيار له أيضًا بل يبقى عند الأب ؛ إذ هو أقدر على ملاحظته وصيانته وإن كان الثاني خير في الإقامة وحينئذٍ تتبع مشيئته ، فإن اختار الإقامة عند أحد أبويه أجيب إلى طلبه ، وإن رغب الانفراد اتبعت رغبته .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٤٣/٤) : « وأما التي للرجال فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الأم أو الجدتين ، وإن كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وإنما توقت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة ؛ لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ ، كولاية المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه إلى نفسه ، ولا يخلي سبيله كي لا يكتسب شيئًا عليه وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع ، فأما إذا بلغ عاقلًا واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه ؛ فلا حق للأب في إمساكه ، كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء ، والجارية إن كانت ثيبًا وهي غير مأمونة على نفسها ، لا يخلي سبيلها ويضمها إلى نفسه وإن كانت مأمونة على نفسها ؛ فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت ، وإن كانت بكرًا لا يخلي سبيلها ، وإن كانت مأمونة على نفسها ؛ لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع » .

(مادة ٤٩٨)

إِذَا بَلَغَتِ الأُنْثَى مَبْلَغَ النِّسَاءِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا شَابَّةً أَوْ ثَيِّبًا غَيْرَ مَأْمُونَةٍ ، فَلا خِيَارَ لَهَا وَلأَبِيهَا أَوْ جَدِّهَا ضَمُّهَا إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَدَخَلَتْ فِي السِّنِّ ، وَاجْتَمَعَ لَهَا رَأْيٌ وَعِفَّةٌ أَوْ ثَيِّبًا مَأْمُونَةً عَلَى نَفْسِهَا ، فَلَيْسَ لأَحَدٍ مِنْ أَوْلِيَائِهَا ضَمُّهَا إِلَيْهِ (١) .

* * *

٢٩١٤ - وإن بلغت الأنثى فإما أن تكون ثيبًا ، وإما أن تكون بكرًا ؛ فإن كانت ثيبًا فحكمها حكم الغلام ، وإن كانت بكرًا ، فإما أن تكون مأمونة على نفسها أو لا .

٢٩١٥ - فإن لم تكن مأمونة فلا خيار لها بل تلزم بالإقامة عند الأب إن كان موجودًا ؛ فإن لم يكن فالجد ثم العصبات بالترتيب إذا كانوا مأمونين عليها ، وإن كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخير أيضًا ، بل تلزم بالمقام عند من ذكروا .

٢٩١٦ - وأما إذا صارت مسنة بأن صارت عجوزًا شوهاء ، كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن في كتب اللغة ، وكانت عفيفة فلا تجبر على الإقامة عندهم ، بل يتبع رأيها ، وإنما اختلف حكم البكر والثيب ؛ لأن العار الذي يلحق الأقارب من وقوع ما يشين عرض البكر أسوأ مما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الأعراض فوق كل محافظة .

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

الباب الثالث
في الهِبة

الفصل الأول
في أركان الهِبة وشرائطها

(مادة ٤٩٩)

تَصِحُّ الْهِبَةُ بِإِيجَابٍ مِنَ الْوَاهِبِ وَقَبُولٍ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْقَبْضُ يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١١٥/٦ ، ١١٦) : « أما ركن الهِبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانًا والقياس أن يكون ركنًا ، وهو قول زفر ، وفي قول ، قال : القبض أيضًا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل أنه يحنث استحسانًا ، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل ، وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث ، وعلى هذا الخلاف إذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل ، فقال المقر له : لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المُقر له وأجمعوا على أنه لو قال : بعت هذا الشيء منك فلم تقبل ، فقال المقر له : لا بل قبلت أن القول قول المُقر له . (وجه) القياس أن الهِبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعًا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هِبة شرعًا لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعًا كذا هذا . (وجه) الاستحسان أن الهِبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول ، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهِبة فترتب عليها الأحكام ، والدليل على أن وقوع التصرف هِبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا تجوز الهِبة إلا مقبوضة محوزة » أطلق اسم الهِبة بدون القبض والحيازة ، وروي أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام حِمار وحش وهو بالأبواء وفي رواية بودان فردَّه النبي عليه الصلاة والسلام وقال : « لولا أنا حُرُمٌ وإلا لقبلنا » فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول والإهداء من ألفاظ الهِبة . وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق ﷺ دعى سيدتنا عائشة ﷺ في مرض موته فقال لها : إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزرتيه وإنما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق ﷺ اسم النحلى بدون القبض ، والنحلى من ألفاظ الهِبة فثبت أن الهِبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع ؛ ولأن المقصود من الهِبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجُود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الإيجاب ؛ لأنه فعل الواهب =

....

= فيقدر على منع نفسه عنه .
(فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبرًا من اللَّه تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضًا بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب إلا أن الإيجاب هناك لا يصير تبعًا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعًا فالإيجاب هو : أن يقول الواهب : وهبت هذا الشيء لك ، أو ملكته منك ، أو جعلته لك ، أو هو لك ، أو أعطيته ، أو نحلته ، أو أهديته إليك ، أو أطعمتك هذا الطعام ، أو حملتك على هذه الدابة ، ونوَى به الهِبة .
(أما) قوله وهبت لك ؛ فصريح في الباب ، وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضًا ؛ لأن تمليك العين للحال من غير عِوض هو تفسير الهِبة ، وكذا قوله : جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك ؛ لأن اللام المضاف إلى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين في الحال من غير عِوض وهو معنى الهِبة ، وكذا قوله : أعطيتك ؛ لأن العَطِية المضافة إلى العين في عُرف الناس هو تمليكها للحال من غير عِوض وهذا معنى الهِبة وكذا يستعمل الإعطاء استعمال الهبة يقال : أعطاك اللَّه كذا ووهبك بمعنى ، والنحلة هي العطية يقال : فلان نحل ولده نحلى أي : أعطاه عطية ، والهِبة بمعنى العَطِية وقوله : أطعمتك هذا الطعام في معنى أعطيتك ، وقوله : حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهِبة ويحتمل العارية فإنه روي أن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ حمل رجلًا على دابة ثم رآها تُباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول اللَّه ﷺ عن ذلك فقال ﷺ : « لا ترجع في صدقتك » فاحتمل تمليك العَيْن واحتمل تمليك المنافع فلابد من النية للتعيين . ولو قال منحتك هذا الشيء ، أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك . وإما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فإن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار ، والثوب ، والدابة ، والأرض ، بأن قال هذه الدار لك مِنْحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الأرض فهو عارية ؛ لأن المنحة في الأصل عبارة عن هِبة المنفعة ، أو ما له حكم المنفعة ، وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة ؛ لأن منفعة الأرض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عِوض وهو تفسير الإعارة . وكذا إذا قال لأرض بيضاء هذه الأرض لك طعمة كان عارية ؛ لأن عين الأرض مما لا يطعم وإنما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الأرض زراعتها ، فكان ذلك حينئذٍ إعارة ولصاحبها أن يأخذها إذا لم يكن فيها زرع وإن كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس ، وفي الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل وسنذكر وجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبًا ، أو ناقة حلوبًا ، أو بقرة حلوبًا ، وقال : هذه الشاة لك مِنحة ، أو هذه الناقة ، أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها ؛ لأن اللبن وإن كان عينًا حقيقة فهو معدود من المنافع عُرفًا وعادة فأعطي له حكم المنفعة كأنه أباح له شُرب اللبن ، فيجوز له الانتفاع بلبنها . وكذلك لو منحه جِديًا أو عِناقًا كان له عارية ؛ لأن الجِدي بعرض أن يصير فَحْلًا والعِناق حلوبًا وإن عنى بالمنحة الهِبة في هذه المواضع فهو على ما عنى ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، وفيه تشديد على نفسه . وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك كالمأكول ، والمشروب ، والدراهم ، والدنانير ، بأن قال : هذا الطعام لك مِنحة ، أو هذا اللبن ، أو هذه الدراهم والدنانير ، كان هِبة ؛ لأن المنحة المضافة إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك لا يمكن حملها =

....

= على هِبة المنفعة فيحمل على هِبة العين ، وهي تمليكها وتمليك العين للحال من غير عِوض هو تغيير الهِبة » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣/٥٦٠ ، ٥٦١) : « (وشرط الهِبة) لتتحقق عاقدان كالبيع ، وهذا هو الركن الأول ، ولهما شروط ، فيشترط في الواهِب الملك ، وإطلاق التصرف في ماله ، فلا تصح من ولي في مال محجوره ، ولا من مُكاتب بغير إذن سيده ، ويشترط في الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يُوهب له من تكليف وغيره ، وسيأتي أن غير المكلف يقبل له وليه فلا تصح لحمل ولا لبهيمة ولا لرقيق نفسه ، فإن أطلق الهِبة له فهي لسيده ، و (إيجاب وقبول لفظًا) من الناطق مع التواصل المعتاد كالبيع . وهذا هو الركن الثاني ، ومن صريح الإيجاب : وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ، ومن صريح القبول قبلت ورضيت ، ويستثنى من اعتبارهما مسائل : منها الهِبة الضمنية كأن يقول لغيره : أعتق عبدك عني ، ففعل فيدخل في مِلكه هِبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول .
ومنها ما لو وهبت المرأة نوبتها من ضرتها لم يحتج لقبولها على الصحيح كما سيأتي إن شاء اللَّه تعالى في القسم والنشوز .
ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم لا يشترط فيه القبول كما بحثه بعض المتأخرين لجريان العادة بذلك . ومنها ما لو اشترى حليًا لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تمليكًا له بخلاف ما لو اشتراه لزوجته فإنه لا يصير مِلكًا لها كما قاله القفال والفرق بينهما أن له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة كذا ذكره السبكي وتبعه ابن الملقن ، ويرد هذا قول الشيخين وغيرهما ، فإن وهب للصغير ونحوه ولي غير الأب والجد قبل له الحاكم ، وإن كان أبا أو جدًّا تولى الطرفين ، فلا بد من الإيجاب والقبول .
ومنها ما لو قال : اشتر لي بدراهمك لحمًا فاشتراه وصححناه للسائل ، فإن الدراهم تكون هِبة لا قرضًا ، ويقبل الهِبة للصغير ونحوه ممن ليس أهلا للقبول الولي ، فإن لم يقبل انعزل الوصي ومثله القيم وأثما لتركهما الأحظ ، بخلاف الأب والجد لكمال شفقتهما ويقبلها السفيه نفسه وكذا الرقيق لا سيده وإن وقعت له .
أما الأخرس فيكفيه الإشارة المفهمة ، وفي الذخائر أن انعقاد الهِبة بالكناية مع النية وبالاستيجاب على الخلاف في البيع : أي فتصح ومن الكناية الكتابة ، واختار في المجموع صحتها بالمعاطاة ، وقوله لغيره : كسوتك هذا الثوب كناية في الهِبة ، فإن قال الواهب : لم أردها صَدِّق ؛ لأنه يصلح للعارية فلا يكون صريحًا في الهِبة كالبيع ، وهل يصح قبول بعض الموهوب أو قبول أحد شخصين نصف ما وهب ؟ لهما وجهان : أوجههما ، كما قال شيخي تبعًا لبعض اليمانيين الصحة بخلاف البيع فإنه لا يصح ؛ لأنه معاوضة بخلاف الهِبة فاغتفر فيها ما لم يغتفر فيه ، وإن قال بعض المتأخرين . إن هذا الفرق ليس بقادح » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٧/١٠٥ ، ١٠٦) : « وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه وبطلت إن تأخر لدين محيط يعني أن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك فإن أبَى الواهب فإنه يُجبر على حيازته للموهوب ؛ لأن الهِبة تملك بالقول على المشهور ، قال ابن عبد السلام : القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط ، قال ابن عرفة : وحقيقة الحوز في عطية غير الابن رفع تصرف المعطِي في العطية بصرف التمكن منه للمعطَى أو نائبه كالحبس انتهى .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/٣٨٢) : « قول الخرقي : (إذا قبل) يدل على أنه إنما يستغني عن القبض في =

٢٩١٧ - اعلم أن العقد وإن كانت أقسامه كثيرة ، إلا أنه يمكننا أن نقَسِّمه بحسب المراد هنا إلى أربعة أقسام ؛ لأنه إما أن يكون بعِوض أو بغيره وعلى كل فإما أن يكون واردًا على تمليك نفس الشيء وإما أن يكون واردًا على تمليك المنفعة ، فإن وَردَ على تمليك الشيء وكان بعِوض فهو بيع ، وإن ورد على تمليك المنفعة وكان بعِوض أيضًا فهو إجارة ، وإن وَردَ على تمليك الشيء بغير عِوض فهو الهِبة ، وإن ورد على المنفعة بغير عِوض سُمي إعارة ، والموضوع الآن هو الهِبة ومن حيث إن كل عقد لا بد له من تعريف ، وأركان ، وشروط وحكم ، والهِبة عقد فتحتاج إلى ذلك .

= موضع وجد فيه الإيجاب والقبول . والإيجاب أن يقول : وهبتك ، أو أهديت إليك ، أو أعطيتك ، أو هذا لك . ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى . والقبول أن يقول : قبلت ، أو رضيت ، أو نحو هذا . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، أن الهِبة والعطِية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول ، ولا بد منهما ، سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد تمليك ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالنكاح .
والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ . وهذا اختيار ابن عقيل ؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويُهدَى إليه ، ويُعطِي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك « ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ، ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطًا لنقل عنهم نقلًا مشهورًا » ، وكان ابن عمر على بعير لعمر ، فقال النبي ﷺ لعمر : بعنيه . فقال : هو لك يا رسول الله . فقال رسول الله ﷺ : هو لك يا عبد الله بن عمر ، فاصنع به ما شئت » . ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطًا لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله وروى أبو هريرة : « أن النبي ﷺ كان إذا أتي بطعام سأل عنه ، فإن قالوا : صدقة . قال لأصحابه : كلوا . ولم يأكل ، وإن قالوا : هدية . ضرب بيده ، فأكل معهم » .
ولا خلاف بين العلماء ، فيما علمناه ، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل ، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله ؛ ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك ، فاكتفي به ، كما لو وجد الإيجاب والقبول ، قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق ، وعدم العُرف القائم بين المعطِي والمُعطَى ؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل ، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام ، وهو إجارة وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنها تنقل الملك من الجانبين ، فلأن نكتفي به في الهِبة أوْلى » .

تعريف الهبة

٢٩١٨ – الهِبة لها معنيان : معنى في اللغة ومعنى في الاصطلاح ؛ فمعناها في اللغة : هو التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقًا ، أي : سواء كان مالًا أو غير مال بدليل قوله تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ (١) . وقال جل شأنه : ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ۝ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَٰثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾ (٢) . ولما كان التفضل على الغير مأخوذًا في مفهومها لغة كانت من صفات الكمال ، ولذا وصف اللَّه تعالى بها نفسه فقال : ﴿ أَمْ عِندَهُمْ خَزَآئِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ ٱلْعَزِيزِ ٱلْوَهَّابِ ﴾ (٣) .

٢٩١٩ – ومن باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم ، وإزالة شُح النفس ، وإدخال السرور على الموهوب له ، وتوثيق عرى المودة والمحبة بينهما ، وإزالة الضغينة والحسد . قال عليه الصلاة والسلام : « **تهادوا تحابوا** » (٤) .

٢٩٢٠ – والفعل يتعدى بنفسه ، وباللام ، وبمن فيقال : وهبه كذا ، ووهب له . ومنه كما ورد التصريح بذلك في أحاديث كثيرة وهي في الأصل مصدر محذوف الأول عُوضَ عنه هاء التأنيث ، فأصلها : وهب بتسكين الهاء وتحريكها .

٢٩٢١ – ومعناها في اصطلاح الفقهاء : تمليك العين في الحال مَجانًا .

٢٩٢٢ – ومن القواعد المقررة أن التعريف يجب أن يكون جامعًا لجميع أفراد المُعرَّف مانعًا من دخول الغير فيه . وهذا التعريف كذلك ؛ فإن العقود التي تدخل في شيءٍ من هذا التعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه ؛ إذ الوصية وإن كان فيها تمليك العَيْن مجانًا .

٢٩٢٣ – لكن ليس التمليك في الحال بل هو مضاف إلى ما بعد الموت والإجارة وإن كان فيها التمليك ؛ إلا أنه وارد على المنفعة ومع ذلك فهو بعِوض وهو الأجرة والتمليك في البيع ليس مجانًا ؛ بل هو في مقابلة الثمن وليس التمليك في العارية واردًا على العين بل على المنفعة .

٢٩٢٤ – وبهذا ظهر أن التعريف مانع من دخول غير المعرف فيه وهو جامع لجميع

(١) الأنعام : ٨٤ .

(٢) الشورى : ٤٩ .

(٣) ص : ٩ .

(٤) موطأ مالك (كتاب : الجامع / باب : ما جاء في المهاجرة / ١٦٨٥) .

أفراد المُعرَّف أيضًا ؛ لأن الظاهر أن الهِبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٨) .

أركان الهِبة

٢٩٢٥ – أركان كل عقد اثنان وهي : الإيجاب والقبول ؛ فالإيجاب هو : ما صدر أولًا من كلام أحد المتعاقدين ، والقبول هو : ما صدر ثانيًا من كلام الآخر ومن حيث إن الهِبة عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط للإيجاب في كل عقد ألفاظ مخصوصة إذا الغرض الإتيان بما يدل على تعين العقد .

٢٩٢٦ – وينبني على ذلك : أنه إذا قال شخص لآخر : وهبتك هذا الشيء ، أو ملكته لك بدون مقابل ، أو جعلته لك ، أو أعمرتك كذا ، أو أطعمتك هذا الطعام .

٢٩٢٧ – وما في معنى هذه الألفاظ كان كل ذلك هِبة ؛ لأن وهبت صريح فيها وملكت وإن كان محتملًا لها ولغيرها مثل البيع ؛ إلا أن قوله بعد ذلك بدون مُقابل ينفي غيرها ؛ ولأن اللام في قوله : جعلته لك . للتمليك فصار كأنه قال : ملكتك هذا الثوب ، ولم يشترط بدلًا ولقوله عليه الصلاة والسلام : « **من أعمر عمري فهو للمعمر له ولورثته من بعده** » [(١)] .

٢٩٢٨ – ولأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يُراد به التمليك بغير عِوض وليس هذا سِوى الهِبة بخلاف ما إذا أضيف إلى شيء ينتفع به مع بقائه مثل : أطعمتك هذه الأرض .

٢٩٢٩ – فيكون المراد به ما يُستغل منها فيحمل على العارية ، وكما أنه لا يشترط للإيجاب ألفاظ مخصوصة فكذلك القبول ، فإذا صدر من الموهوب له بعد الإيجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به ، مثل : قبلت أو أخذت أو رضيت اعتبر ذلك قبولًا ، بل اللفظ غير شرط ؛ إذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض .

٢٩٣٠ – ولا يكون القبض معتبرًا يتعلق به تمام الهِبة وثبوت حكمها وهو الملك إلا إذا كان بإذن المالك والإذن تارة يثبت نصًّا وصريحًا ، وتارة يثبت دلالة ، وإن كان

---

(١) صحيح مسلم (كتاب : الهبات / باب : العمرى / ١٦٢٥) ، وسنن النسائي (كتاب : العمرى / باب : ذكر الاختلاف على الزهري فيه / ٣٧٤٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في العمرى / ٣٥٥١) .

الحكم ليس واحدًا ؛ لأن الواهب إما أن يأذن الموهُوب له بالقبض صريحًا كاقبضه أو ينهاه عن قبضه أو يسكت .

٢٩٣١ - فإن كان الأول وقبضه في المجلس أو بعد الافتراق عنه صَحَّ القبض .

٢٩٣٢ - وإن كان الثاني فلا يصح ، سواء كان في المجلس أو بعده .

٢٩٣٣ - وإن كان الثالث فإن قبضه في المجلس صح وبعده لا يصح .

٢٩٣٤ - والقبض يكون في كل شيء بما يناسبه فهو يختلف باختلاف الموهوب ؛ لأنه إن كان منقولًا وليس داخل شيء يكون بأحد أمرين وهما : المناولة والتخلية ، وإن كان داخل شيء كما إذا كان في صندوق مثلًا يكون بدفع المفتاح إلى الموهوب له إن لم يكن مفتوحًا وإن كان عقارًا فلا يتأتى إلا بالتخلية ، وهي أن يخلي الواهب بين الموهوب ، والموهُوب له على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه ، وبعضهم يقول : القبول ليس بركن في الهِبة ولكن الظاهر إنه ركن كباقي العقود فلا تتم بدونه [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٠٧) أ - الهِبة هي : تمليك عَيْن بلا عِوض في حال حياة المَالِك .

ب - إذا شرط في الهِبة عِوض معلُوم صارت بَيْعًا يجري فيها أحكامه .

المادة (٢٠٨) أ - أركان الهِبة : الصيغة ، الواهب ، الموهوب له ، الموهوب .

ب - تنعقد الهِبة بالإيجاب والقبول ولا تلزم إلا بالقبض .

المادة (٢٠٩) أ - يصح إيجاب الهِبة بكل ما يدل على تمليك المال بدون عِوض من لفظ ، أو كتابة ، أو إشارة مفهومة .

ب - تنعقد الهِبة بالتعاطي .

المادة (٢١٠) أ - يقوم القبض في الهِبة مقام القبول لفظًا سواء كان القبض قبل الهِبة أو بعدها .

ب - القبض الحقيقي في العقار يكون بالتخلية المقرونة بالحيازة أو الاستيلاء على الموهوب أو التصرف فيه بما يدل على المِلْكية .

ج - القبض الحقيقي في المنقول يتم بالحيازة .

د - القبض الحكمي في العَقار يتم بالتخلية المفضية إلى الاستيلاء بلا مانع أو التسجيل لدَى الجهات المختصة .

شروط الهِبة

(مادة ٥٠٠)

يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْهِبَةِ أَنْ يَكُونَ الْوَاهِبُ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مَالِكًا لِلْعَيْنِ الَّتِي يَتَبَرَّعُ بِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١١٨/٦ ، ١١٩) : « وأما ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع ؛ ولأن الهِبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هِبة الصبي والمجنون ؛ لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضررًا محضًا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعِتاق وكذا الأب لا يملك هِبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ؛ ولأنه لا يقابله نفع دنيوي ، وقد قال الله عز شأنه : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ؛ ولأنه إذا لم يقابله عِوض دنيوي كان التبرع ضررًا محضًا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « من لا يرحم صغيرنا فليس منا » ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة . وإن شرط الأب العِوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد ﷺ : يجوز وعلى هذا هِبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعِوض أو بغير عِوض وعنده يجوز بشرط العِوض والأصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهِبة لا بعِوض ولا بغير عِوض ، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهِبة بعِوض .

(وجه) قول محمد أن الهِبة تمليك فإذا شرط فيها العِوض كانت تمليكًا بعوض ، وهذا تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك . (ولهما) أن الهِبة بشرط العِوض تقع تبرعًا ابتداء ثم تصير بَيْعًا في الانتهاء بدليل أنها تفيد المِلك قبل القبض ولو وقعت بَيْعًا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض ؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعًا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهِبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بَيْعًا بعد ذلك » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٠٣/٧) : « ممن له تبرع بها هذا هو الركن الثاني وهو الواهب قال ابن عرفة : والذي له التبرع من لا حَجْر عليه بوجه فيخرج من أحاط الدَّيْن بماله والسكران ويدخل المريض إذا تبرع بثُلثه ؛ إذ لا حَجْر عليه فيه ، وكذلك الزوجة فلها أن تتبرع بثُلثها لكن هِبة الزوجة ومن أحاط الدَّيْن بماله صحيحة موقوفة على إجازة الزوج والغريم ، وأما هِبة الصغير والسفيه فباطلة ، وكذلك المرتد ، وهذا التفصيل في مفهوم قوله ممن له تبرع بها وإذا كان كذلك فلا يعترض به على إطلاقه البطلان في الجميع والضمير في بها عائد على الهِبة ، والمراد بالتبرع غير الهِبة فالمعنى أن من له أن يتبرع بما يريد أن يهبه يصح له أن يهبه ومن لا فلا ، فالمريض والزوجة إذا أرادا هِبة ثُلثهما يصح لهما ؛ لأن لهما ذلك ؛ لأن لهما أن يتبرعا به فلو لم يأت المؤلف بها لورد عليه الزوجة والمريض ؛ لأنهما ليس لهما التبرع دائمًا الظاهر من كلامه لو لم يأت بما ذكر » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٢٢٩/٤) : « (ويعتبر) في الهِبة (أن تكون من جائز التصرف) فلا تصح من صغير ، ولا سفيه ، ولا عبد ، ونحوهم كسائر التصرفات » .

٢٩٣٥ - من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفيًا جميع ما يلزم لصحته ، فشروط الهِبة أنواع منها ما يرجع إلى الواهب ، ومنها ما يرجع إلى الموهوب ، ومنها ما يرجع إلى الموهوب له ، ومنها ما يرجع إلى نفس الركن .

٢٩٣٦ - فالشروط التى ترجع إلى نفس الواهب هي أن يكون من أهل التبرع ولا يكون كذلك إلا إذا كان حرًا عاقلًا بالغًا مالكًا للموهوب ؛ لأن الرقيق لا يملك شيئًا فلا يتأتى أن يملِّك ؛ ولأن عبارة المجنون غير صحيحة إذ صحة العبارة تنبني على التمييز وهو غير مميز ، والمعتوه مثله في الهِبة ؛ لأنها من التصرفات المضرة له ضررًا محضًا .

٢٩٣٧ - ولأن البلوغ شرط في صحة عقود التبرعات والصغير إن كان غير مميز فهو كالمجنون ، وإن كان مميزًا فالهِبة من العقود الضارة ، وهي لا تصح منه .

٢٩٣٨ - وإنما اشترطوا مِلك الواهب للمَوْهُوب ؛ لأن تمليك ما ليس بمملوك له باطل ولكن هذا ليس شرطًا للصحة بل هو شرط للنفاذ ؛ إذ لو وهب شخص ملك غيره صحت الهِبة وكانت موقوفة على إجازة المالك فإن شاء ألغاها وإن شاء أمضاها [1] .

(مادة ٥٠١)

لَا يَثْبُتُ مِلْكُ الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ إِلَّا بِقَبْضِهَا قَبْضًا كَامِلًا كَمَا هُوَ مُبَيَّنٌ فِي مَادَّةِ (٥٠٥) وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، مَلَكَهَا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ بِدُونِ قَبْضٍ جَدِيدٍ ، بِشَرْطِ الْقَبُولِ [2] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢١٣) يشترط في الواهِب :
أ - أن يكون كامل الأهلية بالغًا عاقلًا مختارًا لا محجور عليه ولا مريضًا مرض الموت .
ب - أن يكون مالكًا للموهُوب .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٧٧/٤) : « ولا يتم حكم الهِبة إلا مقبوضة ويستوي فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغًا ، هكذا في المحيط . والقبض الذي يتعلق به تمام الهِبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك ، والإذن تارة يثبت نصًّا وصريحًا وتارةً يثبت دلالة ، فالصريح أن يقول : اقبضه إذا كان الموهوب حاضرًا في المجلس ويقول : اذهب واقبضه إذا كان غائبًا عن المجلس ، ثم إذا كان الموهوب حاضرًا ، وقال له الواهب : اقبضه فقبضه في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياسًا واستحسانًا ، ولو نهاه عن القبض بعد الهِبة لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس ، وإن لم يأذن له بالقبض صريحًا ولم ينهه عنه إن قبضه في المجلس صح قبضه استحسانًا لا قياسًا ، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه قياسًا واستحسانًا ، ولو كان الموهوب غائبًا فذهب وقبض : إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحسانًا لا قياسًا ، وإن كان بغير إذنه لا يجوز قياسًا واستحسانًا ، هكذا في الذخيرة » .

٢٩٣٩ - والموهوب له لا يملك إلا بالقبض . وقال الإمام مالك وابن أبى ليلى من الحنفية : يثبت الملك له قبل القبض كالمشتري فإنه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحا نافذًا لازمًا وعلى هذا الخلاف الصدقة .

٢٩٤٠ - واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا تجوز الهِبة إلا مقبوضة** » .

٢٩٤١ - والمراد نفي المِلك لا أصل الجواز وبقول سيدنا أبي بكر الصديق للسيدة عائشة رضى اللَّه عنهما في مرضه : كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا مما لي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه ، وإنما هو مال الورثة . ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ؛ ولأن فيه إلزام المتبرع ما تَبرع به فلا يجوز .

٢٩٤٢ - وفرقوا بين الهِبة والوصية إذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع أن كُلًّا منهما عقد تبرع بأن المتبرع في الوصية قد مات والورثة ليسوا متبرعين بخلاف الهِبة ، فليس فيه إلزام المتبرع بما تبرع به ولا يكون القبض مَعولًا عليه ؛ إلا إذا كان كاملًا ولا يكون كذلك إلا إذا كان الموهوب متميزًا عن غيره بأن يكون غير مشاع إذا كان مما يحتمل القسمة ولا يكون متصلًا بغيره كما يأتى لك إيضاحه في شرح مادة (٥٠٧) .

٢٩٤٣ - ولكن محل اشتراط القبض في الملك إذا لم يكن الموهوب في يد الموهوب له فلو كان مقبوضًا في يده وقبل الهِبة لم يحتج إلى قبض جديد ، سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديعة والإجارة والعارية أو مضمونًا ، سواء كان مضمونًا بنفسه كالمغصوب ، أو بغيره كالمرهون ؛ لأن القبض ثابت فيها وهو الشرط المطلوب ، فلا حاجة إلى تجديده بعد الهِبة ، والفرق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره أن الأول يجب على من هو تحت يده أن يرده إلى مالكه ما دام موجودا فإذا هلك أو استهلك تلزم قيمته بالغة ما بلغت وأن الثاني إذا هلك بدون تعد لا تلزم قيمته ، بل شيء آخر وهو بالنسبة للرهن الأقل من قيمته ومن الديْن .

٢٩٤٤ - فقد علمت أن هذا الشرط وهو القبض ليس شرطًا لصحة الهِبة وإنما هو شرط لِملك الموهوب له ، فهو وإن كان راجعًا إلى الموهوب لكنه ليس لصحة الهِبة.

٢٩٤٥ - أما الشروط التي يلزم وجودها في الموهوب لصحة الهِبة فهي أن يكون موجودًا وقت العقد ، فلو وهب ما تُثْمِر نخيله العام أو ما تَلِد أغنامه السنة ونحو ذلك لم تصح الهِبة .

٢٩٤٦ - وأن يكون مالًا مُتقومًا فلا تجوز هِبة ما ليس بمال أصلًا كالميتة والخنزير

ولا ما ليس متقوم كالخمر .

٢٩٤٧ - وأن يكون مملوكًا في ذاته فلا تجوز هِبة المُبَاحات ؛ لأن تمليك ما ليس بمملوك باطل .

٢٩٤٨ - وأما يلزم وجوده لصحة الهِبة في الموهوب له فهو كونه موجودًا وقت الهِبة ، فلو وهب لابنه فلان وليس له ابن كانت لاغية ولو ولد له بعد ذلك .

٢٩٤٩ - وأما يلزم وجوده من الشروط لصحة الهِبة في الركن فهو أن يكون منجزًا فلا تصح الهِبة المعلقة على شرط ، ولكن هذا فيه تفصيل ، لأن مدلول فعل الشرط إن كان محققًا وقت التكلم به صحت الهِبة ، وإن كان غير محقق أي تارة يحصل وتارة لا يحصل فلا تصح .

٢٩٥٠ - وأن يكون غير مضاف إلى زمن مستقبل فلو قال : وهبت هذا الشيء لك بعد شهر مثلًا لم تصح الهِبة .

٢٩٥١ - وإما اقتران الهِبة بشرط فينظر فيه إن كان الشرط ملائمًا ، كما إذا قال : وهبتك هذا على أن تعوضني كذا . صحت الهِبة والشرط وإن كان الشرط غير ملائم صحت الهِبة وبطل الشرط .

حكم الهِبة

٢٩٥٢ - حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الأثر المترتب عليه فمتى حصل عقد الهِبة مستوفيًا شرائطه ترتب عليه الحكم ، وهو أنها لا تفيد المِلك قبل القبض وبعده تفيده غير لازم .

٢٩٥٣ - ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها وإن كره تحريمًا كما ستعرفه في باب الرجوع في الهِبة ، وهي مخالفة لباقي العقود كالبيع والإجارة ؛ لأن كُلًّا منهما متى كان صحيحًا نافذًا لازمًا فلا يجوز الرجوع فيه [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢١٤) يشترط في الموهوب له أن يكون إنسانًا موجودًا على قيد الحياة فلا تصح الهِبة للحمل .

المادة (٢١٥) يشترط في الموهوب أن يكون مالا متقومًا موجودًا وقت الهِبة مملوكًا للواهِب .

المادة (٢١٦) لا يجوز تعليق الهِبة على شرط يُنافي مقتضاها وإلا صحت الهِبة وبطل الشرط .

(مادة ٥٠٢)

يَجُوزُ لِكُلِّ مَالِكٍ إِذَا كَانَ أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ أَنْ يَهَبَ فِي حَالِ صِحَّتِهِ مَالَهُ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ لِمَنْ يَشَاءُ ، سواء كَانَ أَصْلًا لَهُ أَوْ فَرْعًا أَوْ قَرِيبًا أَوْ أَجْنَبِيًّا مِنْهُ ، وَلَوْ مُخَالِفًا لِدِينِهِ بِشُرُوطِهِ .

* * *

٢٩٥٤ - فقد علمت من الشروط أن الواهب متى كان أهلًا للتبرع بأن يكون حرًّا عاقلًا بالغًا مالكًا للموهوب صحت الهبة ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع ماله أو لا تصح إلا إذا كان الموهوب بعض المال .

٢٩٥٥ - ولنبين لك ذلك حتى تعرف الأحكام فنقول : الشخص إن كان أهلًا للتبرع فإما أن يكون صحيحًا وإما أن يكون مريضًا مرض الموت ، فإن كان الأول فله أن يهب ما شاء لمن شاء وحينئذٍ تكون هبته صحيحة ، ولو استغرقت جميع ماله، سواء كان الموهوب له أجنبيًّا منه أو قريبًا له ، وسواء كان القريب أصلًا له أو فرعًا أو غيرهما ، وسواء كان موافقًا لديْنه أو مخالفًا له بشرط جواز بره .

٢٩٥٦ - فيؤخذ من هذا أنه إذا وهب جميع أمواله وهو في حال الصحة لبعض أولاده تاركًا البعض الآخر يندب حظه ، صح ذلك فلا يعارضه أحد وكل هذا منصوص عليه ولكن في هذا من الإجحاف ببعض الأولاد ما لا يخفى .

٢٩٥٧ - ولذا قال العلماء : إنه يكون آثمًا بهذا العمل إن قصد به الإضرار فيعاقب عليه في الآخرة ولا ينقض تصرفه ولما نظر بعضهم إلى أن العقاب الأخروي لا يفيد من لم يأخذ شيئًا .

٢٩٥٨ - قال : يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثًا لكل الورثة وهو ظاهر لمراد فإذا كان هذا حاله بالنسبة لإعطائه بعض الأولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع إن الآخر قريب إلى الشفقة على إخوته فيعطيهم من هذا المال شيئًا أو يلزم بنفقتهم إن احتاجوا إلى ذلك فما بالك إذا وهب جميع ماله الأجنبي لا شك في أن يكون أقوى من هذا في المنع ولم أر لهم غير هذا البحث به .

٢٩٥٩ - ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول : إن الشخص إذا وهب جميع ماله لغيره وسَلَّمه له وامتنع عن الرجوع في الكل أو البعض فأصبح بذلك كُلًّا على غيره يتكفف الناس لمعيشته الضرورية ، فهل يقال : إنه بهذا الفعل يكون سفيهًا ويحجر عليه

ويكون الحَجْر من وقت السفه على مذهب الإمام محمد فتلغى هذه الهِبة وتُرد له أمواله من الموهوب له أو لا يقال ذلك ، انظر فلعلك توافق .

٢٩٦٠ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كان مريضًا مرض الموت فإما أن تكون الهِبة لوارث أو لغير وارث وعلى كُلٍّ فإما أن تكون بأقل من الثلث أو به أو بأكثر ، وعلى كل فإما أن تُجيزها الورثة أو لا .

٢٩٦١ – فإن كانت الهِبة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة ولو كانت بأقل من الثلث وإن كانت لغير وارث .

٢٩٦٢ – فإن كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذت وإن لم تجز الورثة وإن كان أكثر منه فلا تنفذ في الزائد إلا بإجازتهم وسيأتي ذلك مفصلًا بأسبابه وحكمه في تصرفات المريض .

(مادة ٥٠٣)

الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ .

وَهِيَ : جَعْلُ نَحْوِ دَارِهِ لِلْمُعْمَرِ لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ ، بِشَرْطِ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى الْمُعْمِرِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ الْمُعْمَرُ لَهُ أَوِ الْمُعْمِرُ . وَنَحْوُهُ قَوْلُهُ : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ حَيَاتَكَ ، أَوْ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الْعَيْنَ حَيَاتَكَ ، فَإِذَا مِت فَهِيَ لِوَرَثَتِي . فَتَصِحُّ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الرَّدِ عَلَى الْمُعْمِرِ أَوْ وَرَثَتِهِ .

وَالرُّقْبَى غَيْرُ جَائِزَةٍ بِمَعْنَى عَدَمِ إِفَادَتِهَا الْمِلْكَ .

وَهُوَ : أَنْ يَقُولَ : دَارِي لكَ رُقْبَى ، إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ ، وَإِنْ مِتَّ قبلي فَهِيَ لِي . وَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ تَصِح تَكُونُ عَارِيَةً [1] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٠٣/٥) : « (وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته ، وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه لا الرقبى أي إن مت قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقبى أن يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام قال : « من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئًا فهو سبيل الميراث » رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ : « جعل الرقبى للذي أرقبها » رواه أحمد والنسائي ؛ ولأن معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له مدة عمره ، ثم إذا مات ترجع إليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهِبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ويبطل الشرط ، ومعنى الرقبى : أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكًا مضافًا إلى زمان وهو من الارتقاب ، وهو الانتظار كأنه =

....

= ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تصح الرقبى أيضًا بناء على أنها تمليك الحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له ، وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : « العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها » رواه أحمد والنسائي ، فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط ؛ بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافًا إلى زمان في المستقبل لا يجوز بالإجماع فكان الخلاف بينهم مبنيًا على تفسير الرقبى فمن قال : إنه تمليك في الحال أجازه ، ومن قال : إنه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابئات وفي فساد الصوم بالإقطار في الإحليل وفي وجوب الدم إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ بعصفر فإذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الأخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية ، وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول على أنه جائز ، والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمرى أيضًا وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو له حياته ومماته » رواه أحمد والنسائي ، وقال عليه الصلاة والسلام : « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥٦١/٣ ، ٥٦٢) : « ولا يصح تعليق الصيغة وتوقيتها إلا ما استثناه بقوله (ولو قال : أعمرتك هذه الدار) مثلًا : أي جعلتها لك عمرك أو حياتك أو ما عشت أو حييت أو نحو ذلك (فإذا مت) بفتح التاء (فهي لورثتك) أو لعقبك كما في الروضة (فهي هِبة) حكمًا ، ولكنه طول العبارة فيعتبر الإيجاب والقبول وتلزم بالقبض ، فإذا مات كانت لورثته فإن لم يكونوا فلبيت المال ولا تعود للواهب بحال لخبر مسلم : « أيما رجل أعمر عمرى فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها » (ولو اقتصر على) قوله : (أعمرتك) هذه الدار مثلًا ولم يتعرض لما بعد موته (فكذا) هي هِبة (في الجديد) لحديث الصحيحين : « العمرى ميراث لأهلها » وليس في جعلها له مدة حياته ما ينافي انتقالها إلى ورثته ، فإن الأملاك كلها مقدرة بحياته والقديم بطلانه كما لو قال : أعمرتك سنة (و) على الجديد (لو قال) مع قوله أعمرتكها : (فإذا مت عادت إلي) أو إلى وارثي (فكذا) هي هِبة وإعمار صحيح (في الأصح) وبه قطع الأكثرون كما في الروضة ويلغو ذكر الشرط لإطلاق الأحاديث الصحيحة . فإن قيل : هذا شرط فاسد فهلا بطلت العمرى كالبيع . أجيب بأن شروط البيع تقابل ببعض الثمن ، فإذا بطلت يسقط ما يقابلها فيصير الثمن مجهولًا فيبطل ، والعمرى لا ثمن فيها فلذلك صحت ، وبأن هذا الشرط يقتضي فسخًا منتظرًا ولا يضر الهِبة بدليل هِبة الأب لابنه ويضر البيع . قال السبكي : وقضية الجواب الأول أنه لو قيد الهِبة بالشرط المذكور صحت كالعمرى وهو كذلك .

فائدة : قال البلقيني : ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هذا .

والثاني : يبطل العقد لفساد الشرط ، وعلى القديم يبطل من باب أولى كما ذكره في المحرر .

تنبيه : قد يقتضي كلام المصنف أنه لو قال جعلتها لك عمري أو عمر زيد فإنه يبطل وهو الأصح لخروجه عن =

....

= اللفظ المعتاد لما فيه من تأقيت الملك ، فإن الواهب أو زيدًا قد يموت أولا بخلاف العكس ، فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته فكأن لا توقيت ، ولا يصح تعليق العمرى كإذا مت أو جاء فلان أو رأس الشهر ، فهذه الدار لك عمرك ، فلو قال : إن مت فهي لك عمرك فوصية يعتبر خروجها من الثلث (ولو قال : أرقبتك) هذه الدار مثلًا (أو جعلتها لك رقبى) وفسر المصنف مدة طول ذلك بقوله (أي إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك استقرت لك فالمذهب طرد القولين الجديد) وهو الصحة ويلغو الشرط (والقديم) وهو عدم الصحة ، ومقابل المذهب القطع بالبطلان ، ولا يحتاج للتفسير في عقد الرقبى بل يكفي الاقتصار على أرقبتك . نعم إن عقدها بلفظ الهبة كوهبتها لك عمرك احتيج للتفسير المذكور . والعمرى والرقبى كانا عقدين في الجاهلية في عطيتين مخصوصتين ، فالعمرى من العمر ؛ لأنه يجعلها عمره ، والرقبى من الرقوب ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه .

قال السبكي : وصحة العمرى والرقبى بعيد عن القياس . لكن الحديث مقدم على كل أصل وكل قياس ، وقد ورد فيهما أمر ونهي ، فلو قيل بتحريمهما للنهي وصحتهما للحديث ، كما قلنا في طلاق الحائض لم يبعد وبسط ذلك ، ولا بد في الرقبى من القبول والقبض كما مر في العمرى ، ولو جعل رجلان كل منهما داره للآخر رقبى على أن من مات قبل الآخر عادت للآخر فرقبى من الجانبين » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/١٦٢ ، ١٦٣) : « العمرى بضم العين وسكون الميم وهي بالقصر مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفًا لها ، وعرفها ابن عرفة بقوله : هي تمليك منفعة حياة المعطَى بغير عوض إنشاء ، فيخرج إعطاء الذات ويخرج بحياة المعطِي الحبس والعارية والمعطَى في كلامه بفتح الطاء ، وأما تمليك المنفعة حياة المعطي بالكسر فهي عارية حقيقة ، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز ، ويخرج بقوله : بغير عوض الإجارة الفاسدة ، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى وحكمها الندب كالهبة والصدقة ، وهي من الأركان كالهبة وصيغتها أعمرتك وأسكنتك ، وتجوز في الدور والرقيق وغيره من سائر الحيوانات والحلي والنبات فقال : (ومن أعمر رجلًا) أو امرأة (حياته دارًا) أو غيرها لينتفع بسكناها مدة عمره صح ذلك و (رجعت بعد موت الساكن مِلكًا لربها) إن كان حيًّا (وكذلك) ترجع ملكًا لربها إن كان حيًّا (إن أعمرها عقبه) أي ذلك الرجل بأن قال : أعمرت أولادك فقط (فانقرضوا) وكذلك لو أعمره وعقبه بأن قال : أعمرتك ووارثك فإنها تكون لوارثه بعد موته ، وبعد انقراض وارثه ترجع ملكا لربها ، والصور ثلاثة : إعمارها فقط ، عقبه فقط ، إعماره مع عقبه . (بخلاف الحبس) فإنه لا يرجع بعد موت المحبس عليه ملكًا لربه بل يستمر حبسًا .

قال خليل : ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس وامرأة لو رحلت لعصبت (فإن مات المعمِر) بكسر الميم (يومئذٍ) أي يوم موت المعمَر بفتح الميم أو مات العقب إن كان هو المعمَر بفتح الميم . (كانت) أي الدار (لورثته) أي المعمِر بكسر الميم (يوم موته) لا يوم المرجع إذا مات عن ابن رقيق أو كافر وأخ أو عم حُر مسلم ، ولم يمت المعمَر بفتح الميم حتى عتق أو أسلم الابن ، فإنها تكون للأخ لا للابن ؛ لأنه لم يكن وارثًا حين موته ، وقوله (ملكًا) بالنصب على الحال في الموضعين من الضمير المستتر العائد على الدار لتأوله بمملوسة ، أو على المفعول المطلق على حذف مضاف أي رجعت رجوع ملك . =

....

= (تنبيهان) الأول : قصد ببيان صفة رجوع العمرى ملكًا الرد على من قال : المعقبة لا ترجع بعد انقراض العقب مطلقًا ، أو على من قال : ترجع المعقبة مراجع الأحباس ، وأما ما في الموطإ من قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما رجل أعمر رجلا عمرى له ولعقبه » فإنها للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطاها أبدًا ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارثة ، فلم يأخذ به مالك ؛ لأن عمل أهل المدينة على خلافه . الثاني : علم مما قررنا أن العمرى لا تتقيد بالعقار ، كما لا تتقيد بعمر المعمر بفتح الميم ولا بلفظ أعمرتك ، فلو قال له : وهبت لك غلتها مدة عمرك كانت عمرى » .

وجاء في الشرح الكبير (١٠٩/٤ ، ١١٠) : « (الرقبى) بضم الراء وسكون القاف وبالباء الموحدة فلا تجوز في حبس ولا ملك وهي من المراقبة كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وأفاد المصنف تفسيرها بالمثال بقوله (كذوي دارين) أو عبدين ، أو دار وعبد (قالا) أي قال كل منهما لصاحبه في عقد واحد (إن مت قبلي فهما) أي دارك وداري (لي ، وإلا) بأن مت قبلك (فلك) ولا يخفى أن دار كل ملك له فالمراد إن مت قبلي فدارك لي مضمومة لداري ، وإن مت قبلك فداري لك مضمومة لدارك وإنما منع لما فيه من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة ، فإن وقع ذلك واطلع عليه قبل الموت فسخ ، وإن لم يطلع عليه إلا بعد الموت رجعت لوارثه ملكًا ولا ترجع مراجع الأحباس لفساد العقد ، وشبه في المنع قوله (كهبة نخل) لشخص (واستثناء ثمرتها) أي استثنى الواهب ثمرتها (سنين) معلومة ، أو سنة فلا مفهوم للجمع على الأصح (و) الحال أن الواهب شرط أن يكون (السقي) في تلك المدة (على الموهوب له) وعلة المنع الجهل بعوض السقي ؛ إذ لا يدري ما يصير إليه النخل بعد تلك الأعوام في نظير سقيه فإن وقع واطلع على ذلك قبل التغير فسخ وردت النخل بثمرتها لربها ورجع الموهوب له بقيمة سقيه وعلاجه ، وإن فاتت بتغير ملكها الموهوب له بقيمتها يوم وضع يده عليها ورجع على الواهب بمثل ما أكل من الثمر إن عرف ، وإلا فبقيمته » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٩٩/٥ ، ٤٠٠) : « (وإذا قال : داري لك عمري . أو هي لك عمرك . فهي له ولورثته من بعده) العمرى والرقبى : نوعان من الهبة ، يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العمرى أن يقول الرجل : أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمري ، أو ما عاشت ، أو مدة حياتك ، أو ما حييت ، أو نحو هذا . سميت عمرى لتقييدها بالعمر . والرقبى أن يقول : أرقبتك هذه الدار ، أو هي لك حياتك ، على أنك إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك . فكأنه يقول : هي لآخرنا موتًا . وبذلك سميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وكلاهما جائز ، في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا تعمروا ولا ترقبوا » .

ولنا : ما روى جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود ، والترمذي . وقال : حديث حسن . فأما النهي ، فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ، ولم يعد إليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه ، فإنه قال : « فمن أعمر عمرى ، فهي لمن أعمرها حيًا وميتًا وعقبه » . ولو أريد به حقيقة النهي ، لم يمنع ذلك صحتها ؛ فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهي عنه ضررًا على مرتكبه ، لم يمنع صحته ، =

....

= كالطلاق في زمن الحيض . وصحة العمرى ضرر على المعمر ، فإن ملكه يزول بغير عوض . إذا ثبت هذا ، فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر . وبهذا قال جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس ، وشريح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن علي .
وقال مالك ، والليث : العمرى تمليك المنافع ، لا تملك بها رقبة المعمر بحال ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر . وإن قال : له ولعقبه . كان سكناها لهم ، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر . واحتجا بما روى يحيى بن سعيد ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، قال : سمعت مكحولًا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ، ما يقول الناس فيها ، فقال القاسم : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا . وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي ، عن ابن الأعرابي : لم يختلف العرب في العمرى ، والرقبى ، والإفقار ، والإخبال ، والمنحة ، والعرية . والعارية ، والسكنى ، والإطراق ، أنها على ملك أربابها ، ومنافعها لمن جعلت له ؛ ولأن التمليك لا يتأقت ، كما لو باعه إلى مدة ، فإذا كان لا يتأقت ، حمل قوله على تمليك المنافع ؛ لأنه يصح توقيته .
ولنا : ما روى جابر قال : قال النبي ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فإنه من أعمر عمرى ، فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » . رواه مسلم . وفي لفظ : « قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له » . متفق عليه وروى ابن ماجه ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا رقبى ، فمن أرقب شيئًا ، فهو له حياته وموته » . وعن زيد بن ثابت : « أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث » . وقد روى مالك حديث العمرى ، في « موطئه » ، وهو صحيح رواه جابر ، وابن عمر ، وابن عباس ، ومعاوية ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة .
وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين ، فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ، ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة ، لكثرة من قال بها منهم ، وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان . وقول ابن الأعرابي : إنها عند العرب تمليك المنافع . لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة ، كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة ، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة . قولهم: إن التمليك لا يتأقت . قلنا : فلذلك أبطل الشرع تأقيتها ، وجعلها تمليكًا مطلقًا (٤٤٨٦) .
فصل : إذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه ، فهذا تأكيد لحكمها ، وتكون للمعمر وورثته . وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضًا ؛ لأنها تمليك للرقبة ، فأشبهت الهبة . فإن شرط أنك إذا مت فهي لي . فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر . وبه قال القاسم بن محمد ، وزيد بن قسيط ، والزهري ، ومالك ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن أبي ذئب ، وأبو ثور ، وداود وهو أحد قولي الشافعي ؛ لما روى جابر ، قال : إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك . فأما إذا قال : هي لك ما عشت . فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك ، في « موطئه » ، عن جابر ، أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أعمر عمرى له ، ولعقبه ، فإنها للذي أعطيها ، لا ترجع إلى الذي أعطاها » ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .
وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم ، والرواية الثانية أنها تكون للمعمر ولورثته ، ويسقط الشرط . وهذا قول الشافعي الجديد ، وقول أبي حنيفة . وهو ظاهر المذهب . نص عليه أحمد ، في رواية أبي طالب ؛ للأحاديث المطلقة التي ذكرناها ، وقول رسول الله ﷺ : « لا رقبى ، فمن =

....

= أرقب شيئًا ، فهو له في حياته وموته » . وقال مجاهد : الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتًا . وروى الإمام أحمد ، بإسناده ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا عمرى ، ولا رقبى ، فمن أعمر شيئًا ، أو أرقبه ، فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط ؛ لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به ، فمن قول جابر نفسه ، وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال : « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًا وميتًا ، ولعقبه » . ولأنا لو أجزنا هذا الشرط ، كانت هِبة مؤقتة ، والهِبة لا يجوز فيها التأقيت ، ولم يفسدها الشرط ؛ لأنه ليس بشرط على المعمر ، وإنما شرط ذلك على ورثته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه ، لم يؤثر فيه ، وأما قوله في الحديث الآخر : إنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث . فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن ، كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ إنه قضى في من أعمر عمرى له ولعقبه ، فهي له بتلة ، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية . قال أبو سلمة : لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث . (٤٤٨٧) .
فصل : والرقبى هي أن يقول : هذا لك عمرك ، فإن مت قبلي رجع إلي ، وإن مت قبلك فهو لك ، ومعناه هي لآخرنا موتًا . وكذلك فسرها مجاهد . سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وقد روي عن أحمد أنه قال : هي أن يقول : هي لك حياتك ، فإذا مت فهي لفلان ، أو هي راجعة إلي . والحكم فيها على ما تقدم ذكره ، وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر . وقال علي ﷺ : العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس : من أرقب شيئًا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري : الرقبى وصية . يعني أن معناها إذا مت فهذا لك . وقال الحسن ، ومالك وأبو حنيفة : الرقبى باطلة ؛ لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى ، وأبطل الرقبى . ولأن معناها أنها للآخر منا ، وهذا تمليك معلق بخطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر . ولنا ما رويناه من الأخبار ، وحديثهم لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه ، بل معناها أنها لك حياتك ، فإن مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء ، إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، إن مات المرقب قبله ، وهذا يبين تأكيدها على العمرى .
(٤٤٨٨) فصل : وتصح العمرى في غير العقار ، من الحيوان ، والنبات ؛ لأنها نوع هِبة ، فصحت في ذلك ، كسائر الهبات . وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية : فلا أرى له وطأها . قال القاضي : لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها ، لكن على طريق الورع ؛ لأن الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى ، وجعلها بعضهم تمليك المنافع ، فلم ير له وطأها لهذا ، ولو وطئها كان جائزًا . (٤٤٨٩) .
فصل : وإن وقت الهِبة إلى غير العمرى والرقبى ، فقال : وهبتك هذا لسنة ، أو إلى أن يقدم الحاج ، أو إلى أن يبلغ ولدي ، أو مدة حياة فلان . ونحو هذا لم يصح ؛ لأنها تمليك للرقبة ، فلم تصح مُؤقتة ، كالبيع ، وتفارق العمرى والرقبى ؛ لأن الإنسان إنما يملك الشيء عمره ، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مُؤقت به في الحقيقة ، فصار ذلك كالمطلق . وإن شرط رجوعها إليه بعد ذلك ، كان شرطًا على غير الموهوب له ، بخلاف غيره .
(وإن قال : سكناها لك عمرك ، كان له أخذها أي وقت أحب ؛ لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى) ، أما إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك ، أو اسكنها عمرك ، أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعقد لازم ؛ لأنه في التحقيق هِبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئًا فشيئًا ، فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء ، وجماعة أهل =

٢٩٦٣ - وقد عرفت من الكلام على أركان الهِبة أن الإيجاب فيها ليس له لفظ مخصوص ، بل الغرض الإتيان بما يدل على معناها ، وهو التمليك بغير عوض .

٢٩٦٤ - ولذا قال الفقهاء : إن العمرى من الألفاظ التى تنعقد بها الهِبة بخلاف الرقبى والعمرى ، في اللغة بضم العين اسم مصدر من الأعمار يقال : أعمرته الدار عمرى ، أي : جعلتها له يسكنها مدة عمره .

٢٩٦٥ - وفي الشريعة : جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته إذا مات المعمر له ، أو المعمر ، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية متبعين ما اشترطوه فجاء الشرع الإسلامي وأبطل الرد على المعطي إذا مات الآخذ ، أو على ورثته إذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « **من أعمر عمرى فهي لمعمره في حياته وموته ، لا ترقبوا من أرقب شيئًا فهو سبيل الميراث** »[1] .

٢٩٦٦ - ولأن معنى العمرى التمليك في الحال وجعلها له مدة عمره ، فإذا مات ترجع إليه فصح التمليك وبطل الشرط لقولهم : إن الهِبة لا تبطل بالشرط الفاسد ، بل يبطل الشرط .

٢٩٦٧ - والرقبى بضم الراء اسم مصدر من المراقبة ، وهي في اصطلاح الفقهاء : أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي ، أي : فكأنه قال : أرقب حياتي ، فإذا مت وأنت حي فهي لك .

٢٩٦٨ - فيكون فيها تعليق التمليك بالشرط ، فلا يصح ؛ ولذا كانت غير جائزة

= الفتوى ، منهم ؛ الشعبي ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن حفصة . وقال الحسن ، وعطاء ، وقتادة : هي كالعمرى ، تكون له ولعقبه ؛ لأنها في معنى العمرى ، فيثبت فيها مثل حكمها .

وحكي عن الشعبي أنه إذا قال : هي لك ، اسكن حتى تموت ، فهي له حياته وموته ، وإن قال : داري هذه اسكنها حتى تموت ؛ فإنها ترجع إلى صاحبها ؛ لأنه إذا قال : هي لك . فقد جعل له رقبتها ، فتكون عمرى . فإذا قال : اسكن داري هذه ، فإنما جعل له نفعها دون رقبتها ، فتكون عارية .

ولنا أن هذا إباحة المنافع ، فلم يقع لازمًا كالعارية ، وفارق العمرى فإنها هِبة للرقبة . فأما إذا قال : هذه لك ، اسكنها حتى تموت ، فإنه يحتمل لك سكناها حتى تموت ، وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى ، فأشبه ما لو قال : هذه لك سكناها ، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة ، واحتمل أن يريد السكنى ، فلا نزيل ملكه بالاحتمال » .

(١) السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٦) .

بمعنى أنها لا تفيد الملك للمرقب له بدليل الحديث المتقدم الذي فيه : « لا ترقبوا من أرقب شيئًا فهو سبيل الميراث » .

٢٩٦٩ - أي : فطريق الشيء المرقب طريق الميراث عن المرقب بكسر القاف ، وإذا لم تصح الرقبى بهذا المعنى تكون عارية فإذا سلمها إليه جاز له الانتفاع بها ، فظهر مما تقدم أن الفرق بين العمرى والرقبى ، هو أن العمرى وجد فيها التمليك في الحال واشترط الرد في المآل ، والرقبى علق فيها التمليك بالشرط وهو موت المرقب والمرقب له حي ، فتكون كالوصية .

٢٩٧٠ - وإنما لم يجعلوها مثلها ، لأنه لم يعلقها بمطلق موته كالوصية ، بل بشرط أن يموت والمرقب له حي كذا قالوا .

٢٩٧١ - وأنت خبير بأن هذا الفرق غير ظاهر ؛ لأن الموصى به لا يملكه الموصى له إلا إذا مات الموصي وهو حي فالشرط موجود وإن لم يصرح به اللّهم إلا إذا كان هناك فرق بين التصريح بالشيء ، وعدم التصريح به ، وإن كان ثابتًا في نفسه .

٢٩٧٢ - وقال أبو يوسف : الرقبى صحيحة فتفيد الملك في الحال ويبطل الشرط .

٢٩٧٣ - ولكن قال العلماء : إن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تفسير الرقبى ، فالإمام ومحمد فسراها بما تقدم ، وهو : تعليق المِلك على الموت والمرقب له حي .

٢٩٧٤ - وأبو يوسف فسرها بأنها تمليك للحال واشترط الاسترداد بعد الموت فتكون كالعمرى ، فلو نظر كلا منهما لما نظر إليه الآخر لقال بما قال ، فلا خلاف في الحقيقة ؛ لأن اللفظ صالح للمعنيين .

الفصل الثاني
فيما تجوز هِبته وما لا تجوز

(مادة ٥٠٤)

هِبَةُ الْمَشَاعِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحَةٌ تُفِيدُ الْمِلْكَ بِقَبْضِهَا ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمَوْهُوبُ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ ، وَالْمَشَاعُ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ هُوَ الَّذِي يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ وَلَا يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ أَصْلًا بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ لَا يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَهَا انْتِفَاعًا مِنْ جِنْسِ الانْتِفَاعِ الَّذِي قَبْلَهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٣٢٥/١ ، ٣٢٦) : « (ولا تجوز الهِبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة) ، وكذا الصدقة ، وتجوز فيما لا يقسم ولا فرق في ذلك بين الشريك وغيره يعني إذا وهب من شريكه لا يجوز ومعنى قوله لا تجوز أي لا يثبت الملك فيها ؛ لأنها في نفسها وقعت جائزة لكن غير مثبتة للملك قبل تسليمها محوزة فإنه لو قسمها وسلمها مقسومة صحت قوله : (وهِبة المشاع في ما لا يقسم جائزة) كالعبد والثوب وأشباه ذلك ؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهِبة بخلاف الرهن فإنه لو رهن مشاعًا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٨١/٢) : « (و) تجوز (هِبة مشاع) وإن كان (لا ينقسم) كعبد (و) هِبة (مغصوب لقادر) على انتزاعه (فإن لم يقدر) عليه (فوجهان) رجح منهما الرافعي وغيره المنع كالبيع » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٣/٥) : « وتصح هِبة المشاع . وبه قال مالك ، والشافعي . قال الشافعي : سواء في ذلك ما أمكن قسمته ؛ أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأي : لا تصح هِبة المشاع الذي يمكن قسمته ؛ لأن القبض شرط في الهِبة ؛ ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه . فإن كان مما لا يمكن قسمته ، صحت هِبته ؛ لعدم ذلك فيه . وإن وهب واحد اثنين شيئًا مما ينقسم ، لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه . وإن وهب اثنان اثنين شيئًا مما ينقسم ، لم يصح في قياس قولهم ؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع . ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال رسول الله ﷺ : « ما كان لي ولبني عبد المطلب ، فهو لكم » . رواه البخاري . وهذا هِبة مشاع وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر ، فقال : « أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي ، فقال النبي ﷺ : ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » .

وروى عمير بن سلمة الضمري ، قال : « خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء ، فرأينا حمار وحش معقورًا ، فأردنا أخذه ، فقال رسول الله ﷺ : دعوه ، فإنه يوشك أن يجيء صاحبه . فجاء رجل من بهز ، وهو الذي عقره ، فقال : يا رسول الله : شأنكم الحمار . فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس » . رواه الإمام أحمد ، والنسائي . ولأنه يجوز بيعه ، فجازت هِبته ، كالذي لا ينقسم ؛ ولأنه مشاع ، فأشبه ما لا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض . لا يصح ؛ فإنه لم يمنع صحته في البيع ، فكذا هاهنا . ومتى كانت الهِبة لاثنين فقبضاه بإذنه ، ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ، ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه » .

٢٩٧٥ - اعلم أن الموهوب إما أن يكون غير مشاع وغير متصل بغيره ، وإما أن يكون مُشاعًا أو مُتصلًا بغيره والمشاع إما أن يكون غير قابل للقسمة أو قابلا لها ، والمتصل بغيره أما أن يكون اتصالًا خلقيًا أو اتصال مجاورة وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

٢٩٧٦ - إذا كان الموهوب غير مشاع وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب أو أرض ليست مشغولة بزرع أو غرس مثلًا صحت الهِبة وملكت بالقبض .

٢٩٧٧ - وإذا كان الموهوب مشاعًا فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس أو نصف حمام أو بيت صغير كان حكمه كحكم غير مشاع من أنه يفيد الملك بالقبض ولكن لا بد لصحة الهِبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف والربع والسدس مثلًا ، فلو كان غير معلوم القدر كما إذا وهبه نصيبه من هذا بيت مثلًا وهما لا يعلمانه لم تكن الهِبة صحيحة .

٢٩٧٨ - وإذا كان الموهوب مشاعًا فيما يحتمل القسمة كنصف بيت أو حمام كبير أو عشرة أفدنة من الأرض كانت الهِبة صحيحة غير تامة على الصحيح . وإن كان بعضهم يقول : إنها فاسدة . وعلى كل فلا تفيد هِبته الملك بالقبض مشاعًا في غير الموهوب بأن يقبض الكل بل لا بد لذلك من القسمة وإفراز الموهوب من غيره .

٢٩٧٩ - وينبني على ذلك ما يأتي :

٢٩٨٠ - **أولًا** : إذا تصرف فيها الواهب ببيع أو غيره نَفَذ تصرفه ولا يكون للموهوب له حق في المعارضة .

٢٩٨١ - **ثانيًا** : للواهب استردادها من الموهوب له ، وهذا الحق وإن كان ثابتًا للواهِب ولو الهِبة صحيحة تامة ويكون ذلك بالرجوع فيها ولكن لا يشترط في هذه الحالة ما يشترط في صحة الرجوع من التراضي أو قضاء القاضي فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد وتمكن الموهوب له منه ولم يفعل كان عليه الضمان وإذا مات الواهب قبل الاسترداد ثبت هذا الحق للورثة كما كان ثابتًا لمورثهم ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب .

٢٩٨٢ - **ثالثًا** : إذا هلك الموهوب عند الموهوب له أو استهلكه كان للواهِب الحق في أخذ البدل منه .

٢٩٨٣ - **رابعًا** : إذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلًا فلا ينفذ تصرفه. وبعضهم يقول : الهِبة الفاسدة تفيد المِلك بالقبض ومن باب أولى ما إذا كانت صحيحة غير تامة

كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأفتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب ؛ لأن الموضوع أن القبض بإذنه .

٢٩٨٤ - والفرق بين المشاع الذي لا يحتمل القسمة والذي يحتملها أن الأول هو الذي يضره التبعيض ولا يبقى منتفعًا به أصلًا بعد القسمة أو لا يبقى منتفعًا به بعدها انتفاعًا من جنس الانتفاع الذي كان قبلها .

٢٩٨٥ - وإن الثاني هو الذي لا يضره التبعيض ، بل يبقى منتفعًا به بعد القسمة انتفاعًا من جنس الانتفاع الذي كان قبلها ، فالشيء الذي لا يبقى منتفعًا به بعد القسمة أصلًا كالحيوان والذي يكون منتفعًا به بعدها انتفاعًا يخالف الانتفاع الأول مثل البيت والحمام الصغيرين فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مَخْزنًا أو مربطًا أو حانوتًا ؛ ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق ، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتًا أو حانوتًا مثلًا ؛ ولكن لا يبقى حمَّامًا كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمَّام الكبير الذي يمكن أن يقسم ويجعل له موقد ثان فهو مما يقسم واحتياجه إلى موقد ثان لا يخرجه عن كونه قابلًا للقسمة حيث أمكن أن يتخذ له كالمقسم الذي يحتاج إلى طريق أو مسيل ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة [1] .

(مادة ٥٠٥)

هِبَةُ الْمَشَاعِ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا تُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقَبْضِ، وَلَوْ كَانَتْ لِلشَّرِيكِ ، إِلَّا إِذَا قُسِّمَ الْمَوْهُوبُ ، وَسُلِّمَ مُفْرَزًا عَنْ غَيْرِ الْمَوْهُوبِ لَا مُتَّصِلًا بِهِ وَلَا مَشْغُولًا بِمِلْكِ الْوَاهِبِ .

وَالْمَشَاعُ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ : مَا لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ ، بَلْ يَبْقَى مُنْتَفَعًا بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ انْتِفَاعًا مِنْ جِنْسِ الانْتِفَاعِ الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ [2] .

* * *

٢٩٨٦ - وقال الإمام الشافعي : إن هِبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها صحيحة ؛ لأن الهبة عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعًا لا ينافي المِلك

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢١٧) تجوز هِبة المشاع سواء كان قابلًا للقسمة أو لم يكن .

(٢) ينظر تعليقنا على المسألة السابقة .

في الشيوع مثل الوصية وتسليمه ممكن إما بالتخلية أو بتسليم الكل إليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة .

٢٩٨٧ - واستدلت الحنفية على أن الموهوب لا بد أن يكون مقسوماً أو مشاعًا فيما لا يحتمل القسمة بأن القبض منصوص عليه في الهِبة بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا تجوز الهِبة إلا مقبوضة** » (١) . فلا تتم إلا به والقبض إنما يكون في المقسوم وكذا في المشاع الذي لا يقسم ؛ لأن قبض كل شيء بحسبه والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعًا فاكتفي به وتمت الهِبة .

٢٩٨٨ - أما المشاع الذي يقبل القسمة فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملًا إذ هو المطلوب ؛ لأن القبض ثبت مطلقًا والمطلق يتناول الكامل فقط والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه ؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه ؛ لأنه في حيزة من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامه لا يحصل إلا بالقسمة ؛ لأن الأنصباء بها تتميز وتجتمع فما لم تجتمع لا يصير محرزًا ويكون إحرازه ناقصًا فلا ينهض لإفادة الملك ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل إلى أحد المذهبين .

٢٩٨٩ - وبعضهم يقول : إن هِبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامة فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك ، ويخصصها بعضهم بغير الشريك ، مستدلا يتصور قبض الشريك مع الشيوع ؛ لأن نصيبه في يده فيمكنه قبض النصيب الثاني مشاعًا بخلاف غير الشريك وهو الظاهر .

٢٩٩٠ - ولذا قال بعضهم : إنه المختار وإن كان أكثر الكتب على خلافه .

٢٩٩١ - والشيوع المانع من تمام القبض في الهِبة هو الشيوع المقارن للعقد كهِبة نصف البيت الكبير أو استحقاق بعض الموهوب ، أما الشيوع الطارئ فلا يترتب عليه شيء ؛ لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهِبة فلا يؤثر شيئًا ، فرجوع الواهب في بعض الهِبة لا يضر لطروء الشيوع ، ومن الشيوع الطارئ ما لو وهب دارا في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة بطلت الهِبة في الثلثين وبقيت في الثلث .

---

(١) سبق تخريجه .

(مادة ٥٠٦)

إِذَا كَانَ الْمَوْهُوبُ مُتَّصِلًا بِحَقِّ الْوَاهِبِ اتِّصَالَ خِلْقَةٍ وَمُمْكِنًا فَصْلُهُ مِنْهُ ، فَلَا تَصِحُّ هِبَتُهُ شَاغِلًا كَانَ أَوْ مَشْغُولًا ، مَا لَمْ يَفْصِلْهُ الْوَاهِبُ وَيُسَلِّمْهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، أَوْ يَسَلِّطْهُ عَلَى فَصْلِهِ وَقَبْضِهِ وَيَفْصِلْهُ وَيَقْبَضْهُ بِالْفِعْلِ .

وَإِذَا كَانَ الْمَوْهُوبُ مُتَّصِلًا بِمِلْكِ الْوَاهِبِ اتِّصَالَ مُجَاوَرَةٍ ، فَإِنْ كَانَ مَشْغُولًا بِهِ ، فَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ وَحْدَهُ إِلَّا بِفَصْلِهِ . وَإِنْ كَانَ شَاغِلًا لَهُ ، جَازَتْ هِبَتُهُ وَحْدَهُ إِذَا قَبَضَهُ ، وَلَوْ بِالتَّخْلِيَةِ بِلَا فَصْلٍ .

وَإِنْ قَبَضَ الْمَوْهُوبُ لَهُ الْعَيْنَ الْمَوْهُوبَةَ شَائِعَةً بِدُونِ فَصْلِهَا ، فَلَا يَنْفُذُ فِيهَا تَصَرُّفُهُ ، وَيَضْمَنُهَا إِنْ هَلَكَتْ أَوِ اسْتُهْلِكَتْ ، وَيَكُونُ لِلْوَاهِبِ حَقُّ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَاسْتِرْدَادُهَا هُوَ أَوْ وَرَثَته ، وَلَوْ كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٢٤/٦ ، ١٢٥) : « ولو وهب شيئًا متصلًا بغيره مما لا تقع عليه الهِبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر ، أو الشجر دون الأرض ، أو حلية السيف دون السيف ، أو القفيز من الصبرة ، أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ، ففصل وقبض فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ؛ ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا ؛ لأن الإيجاب لم يقع صحيحًا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض وإن قبض بإذنه يجوز استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد إذا وقع فاسدًا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزًا وعندنا يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصورًا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع . وكذلك إذا وهب دينًا له على إنسان لآخر أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحًا جاز قبضه استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز ، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم ، وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسًا واستحسانًا فرق بين العَيْنِ والدَّيْن . (ووجه) الفرق أن الجواز في هِبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهِبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الإذن إلا بقبضه ، لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض لأنه إذا أذن له بالقبض صريحًا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضًا للواهب أولا ويصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضًا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهبًا مِلك نفسه ، والموهوب له قابضًا ملك الواهب فصحت الهِبة والقبض ، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على مِلك من عليه فلم تصح الهِبة فلا يجوز قبض الموهوب =

....

= له فهو الفرق بين الفصلين . ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولًا بما ليس بموهوب ؛ لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارًا فيها متاع الواهب وسَلَّم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز ؛ لأن الفراغ شرط صِحة التسليم والقبض ولم يوجد ، قيل : الحيلة في صحة التسليم أن يودع الواهِب المتاع عند الموهوب له أو لا ويخلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار إليه فتجوز الهِبة فيها ؛ لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له ، وفي هذه الحيلة إشكال وهو أن يد المودَع يد المودِع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم . ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغًا جاز ، وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد ؛ لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هِبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهِبة ؛ لأن المتاع لا يكون مشغولًا بالدار ، والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهِبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعًا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهِبة فيهما جميعًا ؛ لأن التسليم قد صح فيهما جميعًا فإن فرق بينهما في الهِبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم وأما إن فرق فإن جمع جازت الهِبة فيهما جميعًا وإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب إن قدَّم هِبة الدار فالهِبة في الدار لم تجز ؛ لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع ؛ لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ، ولو قدم هِبة المتاع جازت الهِبة فيهما جميعًا أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه وأما في الدار فلأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو مِلك الموهوب فلا يمنع صحة القبض .

وعلى هذا الأصل أيضًا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانًا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز ؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هِبة ما هو مشغول بغيره ، وإنها غير جائزة ؛ لأنه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولًا بغيره يمنع صِحة القبض ، ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الأم يجوز ، وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة روايتان .

(وجه) رواية عدم الجواز أن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هِبة دار فيها متاع الواهب .

(وجه) رواية الجواز وهي رواية الكرخي أن حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد ؛ لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله إياه ظاهرًا وهذا معنى الاستثناء ، ولو استثناه لفظًا جازت الهِبة في الأم فكذا إذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين الإعتاق والتدبير .

(ووجه) الفرق أن المُدبر مال المولى فإذا وهب الأم فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهِب فلم يجز كهِبة دار فيها متاع الواهب ، وأما الحُر فليس بمال فصار كما لو وهب دارًا فيها حُر جالس وذا لا يمنع جواز الهِبة كذا هذا ، ومنها أن لا يكون الموهوب متصلًا بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء ؛ لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور ، وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضًا فيها زرع دون الزرع ، أو شجرًا عليها ثمر دون الثمر ، أو وهب الزرع دون الأرض ، أو الثمر دون الشجر ، وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز ؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ، ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغًا جاز ؛ لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت المِلك قد زال ولو جمع =

....

= بينهما في الهِبة فوهبهما جميعًا وسلم متفرقًا جاز ولو فرق بينهما في الهِبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حِدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فإن جمع بينهما في التسليم جازت الهِبة فيهما جميعًا وإن فرق لا تجوز الهِبة فيهما جميعًا قدم أو أخر سواء .

بخلاف الفصل الأول ؛ لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال ، وأنه لا يختلف والمانع هناك الشغل وأنه يختلف نظير هذا ما إذا وهب نصف الدار مشاعًا من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب صُوفًا على ظهر غنم أنه لا يجوز ؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله ﷻ أعلم . وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حُمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغًا جاز لما قلنا بخلاف هِبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غَنمه أو ما في ضرعها أو هِبة سمن في لبن أو دهن في سمسم أو زيت في زيتون أو دقيق في حِنْطَة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولاة أو عند استخراج ذلك ؛ لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدومًا لهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هِبتها ، وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل ، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانًا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطًا ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلًا .

(وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهِبة كما لا يجوز في البيع .

(وجه) الاستحسان أن قبض الهِبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ، ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هِبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دَيْن أو لا فالقبض إلى العبد والملك للمولى في المقبوض ؛ لأن القبض من حقوق العقد ، والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ؛ ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرِّق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد ، فبقي فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد ، وكسب العبد القن للمولَى ، وكذلك المكاتب إذا وهب له هِبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى ؛ لأن الهِبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان : قبض بطريق الأصالة ، وقبض بطريق النيابة .

(أما) القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا .

(وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان : نوع يرجع إلى القابض ، ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عيال هؤلاء أو لم يكن ، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم ؛ لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له . =

....

= وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية ؛ لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية الإنكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه كالأخ والعم والأم ونحوهم أو أجنبيًا ؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي ، فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبيًا كان أو ذا رحم محرم منه قياسًا واستحسانًا ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة ، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي .

(وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلًا فلا يجوز قبضه له كالأجنبي ، والقبض للصبية إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضًا استحسانًا ؛ لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره .

(وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه ؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة ، وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية فوهب منه جازت الهبة وصار قابضًا بنفس العقد ، ووقع العقد والقبض معًا ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحسانًا والقياس أن لا يصير قابضًا ما لم يجدد القبض وهو أن يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد .

(وجه) القياس أن يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية .

(وجه) الاستحسان أن القبضين متماثلان ؛ لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القابضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بَيْع الوديعة والعارية من المودع والمستعير ؛ لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع ؛ لأن قبض الهبة أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ، ولو كان الموهوب في يده مغصوبًا أو مقبوضًا ببيع فاسد أو مقبوضًا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد ، وهو أصل القبض وزيادة ضمان .

ولو كان الموهوب مرهونًا في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضًا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة ؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضًا فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر ، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدَيْنه على الراهن .

وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضًا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة ؛ لأن قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الإبراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض =

٢٩٩٢ - وإذا كان الموهوب متصلًا بحق الواهب فإما أن يكون شاغلًا أو مشغولًا وعلى كل فإما أن يكون الإتصال خلقيًا أو اتصال مجاورة فإن كان الاتصال خلقيًا فلا تصح الهِبة ولا تفيد الملك بالقبض، سواء كان الموهوب مشغولًا بغيره أو شاغلًا له ما لم يفصله الواهِب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله الموهوب له ويقبضه بالفعل .

٢٩٩٣ - فإذا كان لشخص أرض وله فيها زرع فلا تصح هِبة الأرض بدون الزرع ولا الزرع بدون الأرض إلا بالشرط المتقدم ؛ لأن الأرض مشغولة بالزرع ، وهو شاغل لها والاتصال خلقي ومثله الثمر على الشجر والسبب في ذلك ما تقدم في هِبة المشاع ؛ لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هِبة أحدهما بدون الآخر

= ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء ؛ لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهِبة ويبقى قبض بغير ضمان ، فتماثل القابضان فيتناوبان ولو كان مبيعًا قبل القبض فوهب من البائع جاز ، ولكن لا يكون هِبة بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل إقالة بل يبطل أصلًا ورأسًا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ، ولو نحل ابنه الصغير شيئًا جاز ويصير قابضًا له مع العقد ، كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضًا للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى لقوله ﷻ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ ﴾ .

(وأما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف : العدل في ذلك أن يسوي بينهم في العطية ولا يفضل الذكر على الأنثى ، وقال محمد : العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض .

وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي أن بشيرًا أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نحلت ابني هذا غلامًا كان لي فقال له رسول الله ﷺ : « كل ولدك نحلته مثل هذا » فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام : « فأرجعه » وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ؛ ولأن في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أوْلى ولو نحل بعضًا وحرم بعضًا جاز من طريق الحكم ؛ لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه إلا أنه لا يكون عدلًا سواء كان المحروم فقيهًا تقيًا أو جاهلًا فاسقًا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطي المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٨١/٢) : « (فتجوز هِبة أرض مزروعة مع زرعها و) هِبة (أحدهما دون الآخر ولو قبل) بدو (الصلاح) ولو (بلا شرط قطع) ذكر عدم شرط القطع من زيادته وهو إن صح إنما يصح في هِبة الزرع وحده » .

كهِبة مشاع فيما يحتمل القسمة .

٢٩٩٤ - وإن كان الاتصال اتصال مجاورة فإن كان الموهوب مشغولًا بغيره فلا تصح هِبته إلا بفصل الموهوب من غيره وتسليمه بالفعل .

٢٩٩٥ - وإن كان الموهوب شاغلًا لغيره جازت هِبته وحده إذا قبضه ولو كان القبض بالتخلية فلا يشترط فيه التمييز فإذا كان لشخص بيت فيه متاع له فلا تصح هِبة البيت وحده إلا بإخلائه وتسليمه إلى الموهوب له ؛ لأنه مشغول بما ليس بموهوب فلا يصح تسليمه إلا بالإخلاء من المتاع .

٢٩٩٦ - وإن وهب المتاع الموجود فيه صحت الهِبة وإن لم يفصله من البيت ؛ لأن المتاع شاغل له بل يكتفى فيه بالتخلية وهي أن يخلى الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع منه ، ومن هذا القبيل ما إذا وهب الدابة المسرجة بدون سرجها أو السرج بدونها إذ الدابة مشغولة والسرج شاغل .

٢٩٩٧ - وإنما فرقوا هنا بين الشاغل والمشغول ؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانًا في القبض بخلاف الدابة فإنها تستعمل بدونه هكذا قالوا فانظر وتأمل .

(مادة ٥٠٧)

كُلُّ مَا كَانَ فِي حُكْمِ الْمَعْدُومِ ، فَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ أَصْلًا ، كَدَقِيقٍ فِي بُرٍّ ، وَدُهْنٍ فِي سِمْسِمٍ ، وَسَمْنٍ فِي لَبَنٍ [١] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٣٢٦/١) : « (ولو وهب دقيقًا في حِنطة أو دهنًا في سمسم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز) ؛ لأن الموهوب معدوم ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلًا فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف المشاع ؛ لأن المشاع محل للتملك ولهذا يجوز بيع المشاع وبيع الدقيق في الحِنطة ، والدهن في السمسم لا يجوز بيعه فكذا هِبته قال في الهداية : وهِبة اللبن في الضرع والصُّوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والثمر في النخل بمنزلة المشاع ؛ لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع فإن أذن للموهوب له في القطع والقبض جاز وجعل في الكرخي اللبن في الضرع بمنزلة هِبة الدهن في السمسم قال فيه : ولو وهب ما في بطن جاريته أو ما في بطون غنمه أو ما في ضروعها من اللبن أو دهنًا في سمسم وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراجه لم يجز ؛ لأن الموهوب لم يصح العقد عليه فلا تجوز هِبته كما لا يجوز بَيْعه ، قال : وليس كذلك هِبة المشاع إذا قسم ؛ لأنه يجوز العقد عليه حتى يجوز بيعه » . =

....

= **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٥٦٣/٣ ، ٥٦٤) : « (و) كل (ما جاز بيعه جاز هِبته) بالأولى ؛ لأن بابها أوسع . فإن قيل : لم حذف المصنف التاء من جاز هِبته ، . أجيب بأن تأنيث الهِبة غير حقيقي أو لمشاكلة جاز بيعه .

تنبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها الجارية المرهونة إذا استولدها الراهن أو أعتقها ، وهو معسر فإنه يجوز بيعها للضرورة ، ولا يجوز هِبتها لا من المرتهن ولا من غيره . ومنها بيع الموصوف سلمًا في الذمة جائز ، ويمتنع هِبته كوهبتك دينارًا في ذمتي ثم يعينه في المجلس . ومنها المكاتب يصح بيعه ما في يده ولا تصح هِبته . ومنها القيم والوصي على مال الطفل يصح منهما بيع ماله لا هِبته . ومنها هِبة المنافع فإنها تُباع بالإجارة ، وفي هِبتها وجهان : أحدهما أنها ليست بتمليك بناء على أن ما وهب منافعه عارية وهو ما جزم به الماوردي وغيره ورجحه الزركشي ، والثاني : أنها تمليك بناء على أن ما وهب منافعه أمانة ، وهو ما رجحه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما وهو الظاهر (و) كل (ما لا) يجوز بيعه (كمجهول ومغصوب) لغير قادر على انتزاعه (وضال) وآبق ، (فلا) تجوز هِبته بجامع أنها تمليك في الحياة .

تنبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها ما استثناه المصنف بقوله (إلا حبتي حِنْطة ونحوهما) من المحقرات كشعير ، فإنهما لا يجوز بَيْعهما كما مر في البيع وتجوز هِبتهما لانتفاء المقابل فيهما ، وهذا الاستثناء مما زاده على المحرر ولم يذكره في الروضة .

وقال ابن النقيب : إنه سبق قلم ، ففي الرافعي في تعريف اللقطة أن ما لا يتمول كحبة حِنْطة وزبيبة لا يباع ولا يوهب . لكن قال الأذرعي وغيره : إن الصحيح المختار ما في المتن وهو كذلك . ومنها إذا لم تعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث ، كما لو خلف ولدين أحدهما خُنْثَى . وقد ذكر الرافعي في الفرائض أنه لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساو أو تفاوت جاز . قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهم تواهب ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ولكنها تحتمل للضرورة . ومنها ما إذا اختلط حمام برجين فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر فإنه يصح على الصحيح وإن كان مجهول القدر والصفة للضرورة ، ومثل ذلك ما لو اختلطت حِنْطَته بحِنْطة غيره ، أو مائعه بمائع غيره ، أو ثمرته بثمرة غيره . ومنها ما لو قال : أنت في حل مما تأخذ من مالي أو تعطي أو تأكل فإنه يجوز له الأكل دون الأخذ والإعطاء ؛ لأن الأكل إباحة ، وهي تصح مجهولة بخلافهما . ومنها صوف الشاة المجعولة أضحية ولبنها كما قاله الروياني ومنها الطعام المغنوم من دار الحرب تجوز هِبته للمسلمين بعضهم من بعض ما داموا في دار الحرب ، كما يجوز لهم أكله هناك ، ولا يصح لهم تبايعه قاله الزركشي ، وهذه في الحقيقة لا تستثنى ؛ لأن الآخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره ، وإنما هو مباح للغانم غير مملوك . ومنها الثِمار قبل بدو الصلاح تجوز هِبتها من غير شرط القطع ، بخلاف البيع ، وكذا الزرع الأخضر قبل اشتداد الحب .

ومنها ما لو وهب الأرض مع بذر أو زرع لا يفرد بالعقد ، فإن الهِبة تصح في الأرض وتفرق الصفقة هنا على الأرجح ، والجهالة في البذر لا تضر في الأرض إذ لا ثمن ولا توزيع .

ومنها ما لو باع المتحجر ما تحجره لم يصح على الأصح ؛ لأن حق التملك لا يباع وتجوز هِبته ، قاله الدارمي : ولو وهب مرهونًا أو كلبًا ولو معلمًا ، أو خمرًا ولو محترمة ، أو جلد ميتة قبل الدباغ ، أو دهنًا نجسًا لم يصح =

٢٩٩٨ - وقد تقدم لك عند الكلام على شروط الهِبة أن هِبة المعدوم غير صحيحة ، ومثل المعدوم ما هو في حكمه وذلك كالدقيق في البُرّ ، والدهن في السمسم ، والسمن في اللبن ؛ لأن هذا الموهوب كالمعدوم ولذا لا يشار إلى الدقيق في البر والمعدوم ليس بمحل للمِلك فلا يمكن تمليكه بالعقد فيكون باطلًا .

٢٩٩٩ - حتى لو طحن البر وسلم الدقيق ؛ لأن الحِنْطة استحالت وصارت عَيْنًا أخرى فلا تملك إلا بعقد جديد وكذا غيرها .

٣٠٠٠ - وهذا بخلاف المشاع ؛ لأنه محل للملك ، إلا أنه لا يمكن تسليمه ، فإذا زال المانع جاز ، وإنما جازت الوصية بهذه الأشياء ؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضَّرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخل في الأرض ، والثمر في النخيل بمنزلة المشاع ؛ لأنها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود إلى امتناع القبض كالشائع فإذا فصل وسلم جاز لزوال المانع كما في هِبة الدين .

= كالبيع ، وما قاله في الروضة في باب الأواني من أن جلد الميتة قبل الدباغ تصح هِبته محمول على نقل اليد لا على التمليك كما صرح هنا بأن هِبته لا تصح » ؟

قول المالكية : جاء في المدونة (٤٠١/٤) : « قلت : أرأيت إن وهبت لرجل ما تلد جاريتي عشرين سنة ، أتجوز هذه الهِبة أم لا ؟

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئًا ، ولكني سمعت مالكًا يقول في الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر : إن ذلك جائز إذا حاز الموهوب له النخل ، أو جعلت له على يدي من يَحُوز له ، فالجارية إن كان قبضها أو حازها أو جعلت له على يد من حازها له فذلك جائز ، مثل النخل وإن لم يحزها حتى يموت ربها أو تحاز له فالهِبة باطلة . قلت : فالهِبة في هذا والصدقة والحبس والنخل سواء أي ذلك كان فهو جائز ، قال : نعم . إذا قبض فهو جائز » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٣/٥ ، ٣٨٤) : « ولا تصح هِبة الحمل في البطن ، واللبن في الضرع . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ؛ لأنه مجهول معجوز عن تسليمه . وفي الصوف على الظهر وجهان ، بناء على صحة بَيْعه . ومتى أذن له في جز الصوف ، وحلب الشاة ، كان إباحة وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره ، أو زيت زيتونه ، أو جفته ، لم يصح . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفًا . ولا تصح هِبة المعدوم ، كالذي تثمر شجرته ، أو تحمل أمته ؛ لأن الهِبة عقد تمليك في الحياة ، فلم تصح في هذا كله ، كالبيع » .

(مادة ٥٠٨)

تَصِحُّ هِبَةُ اثْنَيْنِ لِوَاحِدٍ مَشَاعًا مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ بِدُونِ قِسْمَتِهِ.

وَلَا تَصِحُّ هِبَتُهُ مِنْ وَاحِدٍ لاثْنَيْنِ غَنِيَّيْنِ ، إِلَّا بَعْدَ قِسْمَتِهِ وَفَرْزِ نَصِيبِ كُلٍّ مِنْهُمَا ، سَوَاءٌ كَانَا كَبِيرَيْنِ أَوْ صَغِيرَيْنِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا وَالآخَرُ صَغِيرًا . فَإِنْ كَانَا فَقِيرَيْنِ ، صَحَّتْ هِبَةُ الْمَشَاعِ لَهُمَا (١) .

* * *

٣٠٠١ - ولا تتوهم من كون هِبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون تامة باتفاق الحنفية أن هِبة اثنين لواحد أو واحد لاثنين ما ذكر لا تكون تامة أيضًا بل في ذلك تفصيل ، وبيانه أن هِبة اثنين لواحد مشاعًا فيما يحتمل القسمة متفق على صحتها فتفيد الملك بالقبض ؛ لأنهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع .

٣٠٠٢ - وإن هِبة واحد لاثنين ما ذكر مختلف فيها فالصاحبان يقولان بالجواز .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٧٨/٤) : « هِبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين أو من جماعة صحيحة عندهما وفاسدة عند الإمام ، وليست بباطلة حتى تفيد الملك بالقبض ، كذا في جواهر الأخلاطي . ذكر الصدر الشهيد إذا وهب من رجلين ما يحتمل القسمة حتى فسدت الهِبة عنده ثم قبضها يثبت الملك ملكًا فاسدًا ، قال وبه يفتى ، كذا في الفتاوى العتابية . والشيوع من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع من جواز الهِبة بالإجماع ، وأما الشيوع من طرف الموهوب له فمانع من جواز الهِبة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما ، كذا في الذخيرة .

ولو وهب من اثنين إن كانا فقيرين يجوز بالإجماع كالصدقة ، وإن كانا غنيين فوهب لكل واحد منهما نصفًا أو أبهم ، فقال : وهبت منكما أو وهب على التفاضل ، فقال : لهذا ثُلثها ولهذا ثُلثاها ، قال أبو حنيفة رحمه الله : لا تجوز في الفصول الثلاثة ، وقال محمد رحمه الله : تجوز في الثلاثة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تجوز في فصلين ، وهما إذا وهب مبهما أو نصفين ولا تجوز على التفاضل وفي الكرخي ، قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله : إذا ، قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز ؛ لأنه وهبها جملة وفسر بما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهِبة ، ولو قال : وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم تجز ؛ لأنه أفرد أحد النصفين عن الآخر بنفس العقد فوقع العقد مشاعًا ، ولو قال : وهبت لكما هذه الدار ثُلثها لهذا وثُلثاها لهذا لم تجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وجازت عند محمد رحمه الله فاتفق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى على فساد هذا العقد من أصلين مختلفين ، أما أبو حنيفة رحمه الله فأفسده لوجود الإشاعة في القبض ، وأما أبو يوسف رحمه الله ، فقال : لما خالف بين نصيبهما دل على أن العقد لأحدهما غير العقد للآخر فصار كأنه أفرده بالعقد ؛ ولأن القبض شرط في الهِبة كالرهن ، كذا في السراج الوهاج » .

٣٠٠٣ - والإمام الأعظم يقول بعدمه ، فلا تفيد هذه الهِبة المِلك بالقبض عنده إلا إذا فرز نصيب كل منهما على حدته وسلم إليه .

٣٠٠٤ - واستدل الصاحبان : بأن هذه هِبة الجملة منهما ؛ إذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما إذا رهن شيئًا عند رجلين بل هذا أولى منه بالحكم ؛ لأن تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهِبة بدليل أن رهن المشاع فيما لا يحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهِبة .

٣٠٠٥ - واستدل الإمام : بأن هذا العقد فيه هِبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنها لو كانت فيما لا يقسم وقبل أحدهما جاز ، ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدته لما جاز ذلك ، فحينئذٍ ينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصًا فلا يصح إذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم .

٣٠٠٦ - وهذا الخلاف جار فيما إذا لم يبين نصيب كل واحد منهما ، أما إذا بيَّن بأن قال : لهذا ثُلثها ولهذا ثُلثاها ، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها فلا تجوز عند الإمام وأبي يوسف .

٣٠٠٧ - وقال محمد : تجوز إن قبضه .

٣٠٠٨ - فالإمام ومحمد جريا على أصلهما المتقدم ؛ لأن هذا هِبة لشخصين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص .

٣٠٠٩ - ولكن أبو يوسف فَرَّق بينهما بأن النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك فيه فلا تجوز بخلاف ما إذا لم ينص على ذلك صريحًا .

٣٠١٠ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان الموهوب لهما كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرًا والآخر صغيرًا .

٣٠١١ - ومحل الخلاف المتقدم إذا كان الموهوب لهما غنيين فلو كانا فقيرين جازت الهِبة اتفاقًا ، أما عند الصاحبين فلا كلام ؛ لأن الحكم عندهما واحد وفرق الإمام بأن الهِبة للفقيرين صدقة كما أن الصدقة على الغنيين هِبة ، والصدقة يطلب بها وجه اللّٰه تعالى ، وهو واحد والفقير نائب عنه والهِبة ليست كذلك فتكون تمليكًا من اثنين فلا تجوز ، ولهذا لو أوصَى بثلث ماله للفقراء صح وإن كانوا مجهولين ؛ لأنها وقعت للّٰه تعالى وهو واحد ولو أوصَى بها لأغنياء غير معينين لم تجز .

(مادة ٥٠٩)

هِبَةُ الدَّيْنِ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ تَتِمُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ ، وَكَذَا إِبْرَاؤُهُ عَنْهُ ، مَا لَمْ يَرُدَّهُ . وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُن الدَّيْنُ بَدَلَ صَرْفٍ أَوْ سَلَمٍ ، فَلَوْ كَانَ أَحَدَهُمَا تَوَقَّفَ عَلَى الْقَبُولِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٤/٤) : « هِبة الدين ممن عليه الدين وإبراءه يتم من غير قبول من المديون ويرتد برده ذكره عامة المشايخ رحمهم الله تعالى ، وهو المختار ، كذا في جواهر الأخلاطي . وهذا إذا لم يكن الدين بدل الصرف ، فأما إذا كان بدل الصرف فأبرأه رب الدين منه أو وهبه منه فإنه يتوقف على قبوله ، فإن قبله برئ ، وإن لم يقبل لا يبرأ ، وفي سائر الديون يبرأ قبل أو لم يقبل إلا أنه ترتد الهِبة والإبراء في سائر الديون بالرد ، هذا كله في حق الأصيل ، وأما هِبة الدين من الكفيل وإبراءه عن الدين ، فالهِبة منه لا تتم بدون القبول وترتد بالرد وإبراؤه يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد ، وإن وهب الدين الذي على الأصيل أو أبرأه فمات قبل الرد فهو بريء ، وكذلك لو كان ميتًا فأبرأه منه وجعله في حل منه فهو جائز ، فإن رد الوارث هذا الإبراء يعمل رده ويقضي بالمال ، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : لا يعمل رده والبراءة ماضية على حالها ، كذا في الذخيرة » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٠٤/٦ ، ٣٠٥) : « (وهِبة الدين) المستقر (للمدين) ، أو التصدق به عليه (إبراء) فلا تحتاج إلى قبول نظرًا للمعنى (و) هِبته (لغيره) أي : المدين (باطلة في الأصح) بناء على ما قدمه من بطلان بَيْع الدين لغير من هو عليه ، أما على مقابله الأصح كما مر فتصح هِبته بالأولى وكأنه في الروضة ، إنما جرى هنا على بطلان هِبته مع ما قدمه أنه يصح بيعه اتكالًا على معرفة ضعف هذا من ذاك بالأولى كما تقرر ، وعلى الصحة قيل : لا تلزم إلا بالقبض ، وقيل : لا تتوقف عليه فعليه قيل تلزم بنفس العقد ، وقيل لا بد بعد العقد من الإذن في القبض ويكون كالتخلية فيما لا يمكن نقله ، والذي يتجه الأول أخذًا من اشتراطهم القبض الحقيقي هنا فلا يملكه إلا بعد قبضه بإذن الواهِب وعلى مقابليه للوالد الواهِب الرجوع فيه تنزيلا له منزلة العين ولو تبرع موقوف عليه بحصته من الأجرة لآخر لم يصح ؛ لأنها قبل قبضها إما غير مملوكة له أو مجهولة فإن قبض هو أو وكيله منها شيئًا قبل التبرع وعرف حصته منه ورآه هو أو وكيله وأذن له في قبضه وقبضه صح وإلا فلا ولا يصح إذنه لجابي الوقف ؛ لأنه إذا قبضه يعطيه للمتبرع عليه ؛ لأنه توكيل قبل الملك على أنه في مجهول وإنما صح تبرع أحد الورثة بحصته ؛ لأن محله في أعيان رآها وعرف حصته منها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٠٣/٧ ، ١٠٤) : « وإن مجهولًا وكلبًا ودينًا وهو إبراء إن وهب لمن عليه وإلا فكالرهن يعني أن الشيء الذي يقبل النقل شرعًا تجوز هِبته ولو كان مجهولًا وسواء كان مجهول العين أو القدر كان مجهولًا لهما أو لأحدهما ولو خالف الظن بكثير كما قاله ابن عبد الحكم وتفصيل اللخمي ضعيف ، وكذلك تجوز فيه هِبة الكلب المأذون في اتخاذه ، وكذلك الآبق ، وأما غير المأذون في اتخاذه فلا ؛ لأنه خرج بقوله مملوك فكلام المؤلف لا يحتاج للتقيد بالمأذون ؛ لأن المبالغة متعلقة بالمملوك أي : في كل مملوك ينقل ولو كان ذلك المملوك الذي ينقل كلبًا ، وكذلك تجوز هِبة الدين الشرعي لمن هو عليه ولغيره لكن إن وهب لمن هو عليه فهو إبراء فلا بد من قبوله ؛ لأن الإبراء يحتاج إلى قبول بخلاف الإسقاط =

٣٠١٢ - والهِبة قد تكون تمليكًا فقط وهي هِبة الأعيان والديْن لغير المدين وقد تكون تمليكًا من وجه وإسقاطًا من وجه وهي هِبة الديْن للمدين فتمليك الدين تارة يكون للمدين وتارة يكون لغيره ، سواء كان التمليك بالهِبة أو بغيرها فإن كان التمليك للمدين جاز ، سواء كان بالهِبة أو بغيرها فلو كان بها تمت وإن لم يقبل المدين لما فيها من معنى الإسقاط ، ولكنها ترتد برده لما فيها من معنى التمليك والإبراء كالهِبة فيما ذكر .

= كالطلاق والعِتق كما يأتي وإن وهبه لغير من هو عليه فيشترط في صحة الإشهاد ، وفي كون دفع ذكر الحق إن كان كذلك أو شرط كمال قولان ، وأما الجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين فشرط كمال فقوله وإلا فكالرهن أي : وإن وهب الدين لغير من هو عليه فكقبض الديْن الرهن ، والمؤلف لم يذكر قبض الرهن في بابه لكن الجماعة ذكروه هناك وهو الإشهاد والجمع ودفع ذكر الحق ورهنا لم يقبض وأيسر راهنه أو رضي مرتهنه وإلا قضي عليه بفكه إن كان الديْن مما يجعل وإلا بقي لبعد الأجل يعني أن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن تصح هِبته إن كان راهنه مُوسِرًا وإنما أبطلت الهِبة الرهن مع تأخرها عنه ؛ لأنا لو أبطلناها ذهب الحق جملة بخلاف الرهن لو أبطلناه لم يذهب حق المرتهن فإن أعسر راهنه فالمرتهن أحق بالرهن من الموهوب له إلا أن يرضى مرتهنه بالهِبة فتصح ؛ لأنه رضي بإسقاط حقه من الرهن وأن يكون ديْنه بغير رهن وسواء كان المرتهن قبضه أم لا وإن وقع من الراهن الهِبة للرهن بعد القبض للمرتهن فيقضى على الراهن بفك الرهن أي بتعجيل الدين لصاحبه إن كان يقضى بتعجيله بأن كان عروضًا حالة أو دنانير أو دراهم ويدفعه للموهوب له ، ومحل القضاء عليه بفكه إذا وهبه وهو يعلم أنه يقضى عليه بفكه .

وأما لو وهبه وهو لا يعلم بذلك فلا يقضى عليه بفكه قولًا واحدًا قاله ابن شاس ويبقى لأجله إن حلف فإن كان الدين لا يقضى بتعجيله بأن كان عروضًا أو طعامًا من بيع فإن المرتهن لا يجبر على قبض دينه ويستمر الرهن تحت يد مرتهنه لانقضاء الأجل وليس له أن يعطي رهنًا آخر فإن انقضى الأجل وافتكه أخذه الموهوب له ؛ وإلا فالمرتهن أحق به في دينه فقوله : ورهنا بالنصب عطف على مجهولا وقوله : لم يقبض هو موضوع المسألة ، وقوله : وأيسر راهنه الواو واو الحال ، وقوله : أو رضِي مرتهنه أي : أو أعسر ورضي مرتهنه أن يبقى دينه بلا رهن ، فالمعطوف مقدر فهو معطوف على أيسر ، وأما إن لم يرض فلا تكون الهِبة للموهوب له بل هي للمرتهن ولو قبضها الموهوب له ، وقوله : وإلا قضي عليه بفكه مخرج من قوله لم يقبض أي : وأما إن قبضه والمسألة بحالها من كون الراهن مُوسِرًا فإنه يقضى عليه بفكه من الرهن ودفعه للموهوب له » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٤/٥) : « وإذا كان له في ذمة إنسان ديْن ، فوهبه له ، أو أبرأه منه ، أو أحله منه ، صح ، وبرئت ذمة الغريم منه ، وإن رد ذلك ، ولم يقبله ؛ لأنه إسقاط ، فلم يفتقر إلى القبول ، كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف ، وكالعتق والطلاق . وإن قال : تصدقت به عليك . صَحَّ ، فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة ، بقول اللّه تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ ﴾ . وإن قال : عفوت لك عنه . صح ؛ لأن اللّه تعالى قال : ﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ . يعني به الإبراء من الصداق وإن قال : أسقطته عنك . صح ؛ لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له . وإن قال : ملكتك إياه . صح ؛ لأنه بمنزلة هبته إياه » .

٣٠١٣ - ولكن محل ذلك إذا لم يكن الدين المبرأ منه بدل صرف أو سلم وإلا توقف على القبول .

٣٠١٤ - فإذا وهب الدائِن للمدين أحد بدلي الصرف أو أبرأه منه أو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال فلا يصح كل من الهِبة والإبراء إلا بالقبول والفرق بين هذين وغيرهما أن سقوط الديْن فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه ، فلهذا توقفت الصحة على القبول فيهما لا في غيرهما فالتوقف على ذلك لا من حيث إنه هِبة الديْن بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد ، وهذا لا بد فيه من التراضي .

(مادة ٥١٠)

هِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ لَيسَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَاطِلَةٌ ، إلَّا حَوَالَةً وَوَصِيَّةً، وَإِذَا سُلِّطَ الْمَوْهُوبُ لَهُ عَلَى قَبْضِهِ بِالتَّوْكِيلِ عَنْهُ مِنَ الْمَدْيُونِ وَقَبَضَهُ .

* * *

٣٠١٥ - وإذا كان تمليك الديْن لغير المدين فلا يصح ؛ لأنه غير قادر على تسليمه للموهوب له ما دام في ذمة المدين ، ولكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل :

الأولى : الحوالة : فإذا كان شخص مدينًا وله دين عند غيره فأحال دائنه على مدينه بما عليه صح ذلك ، وإن كان فيه ما ذكر ولكن عند التأمل نرى أن هذه الصورة ليس فيها تمليك لقول الفقهاء : إن عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك ويرتبون عليه فروعًا كثيرة .

٣٠١٦ - **وينبني على ذلك** : أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الديْن ولكن لما رضى المحال عليه بالحوالة ، فقد التزم الدفع له بأمر المحيل ، فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما ؛ لأنه صار مدينًا ودائنًا لشخص واحد وحينئذٍ ، فليس في الحوالة سوى التسليط على القبض من المحال عليه لا التمليك .

٣٠١٧ - **الثانية** : الوصية : فإذا أوصى الدائن لغير المدين بالدين صح ؛ لأن الموصى له خليفة عن الميت فقد سلطه على قبضه بعد وفاته ، وبهذا رجع الأمر إلى التسليط بالقبض في كل الصور ولو أوصى لشخص بثُلث ماله مثلًا ، وفي التركة ديون ملك الموصى له من الديْن بقدر وصيته أي يملك المطالبة به ، وإنما يصير ملكًا حقيقة إذا صار

عينًا بأن قبضه بالفعل .

٣٠١٨ - **الثالثة** : إذا وهبه له وسلطه على قبضه وقَبَضَه فِعلًا ؛ لأنه في هذه الحالة يصير وكيلًا في القبض عن الآخر ، ثم أصيلًا في القبض لنفسه ، ولذا كان للدائن عزله عن التسلط قبل القبض ، فعلم أن مدار الصحة على التسليط في هذه الصور ، فلو وجد في غيرها صح أيضًا .

الفصل الثالث
فيمن يجوز له قبض الهِبة

(مادة ٥١١)

هِبَةُ مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَى الطِّفْلِ لِلطِّفْلِ تَتِمُّ بِالإِيجَابِ ، وَيَنُوبُ قَبْضُ الْوَاهِبِ عَنْ قَبْضِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، سَوَاءٌ كَانَ الْوَاهِبُ أَبًا ، أَوْ أُمًّا ، أَوْ غَيْرَهُمَا مِمَّنْ يَعُولُهُ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ ، بِشَرْطِ كَوْنِ الْمَوْهُوبِ مَعْلُومًا مُعَيَّنًا مُفْرَزًا ، وَكَوْنُهُ فِي يَدِ الْوَاهِبِ أَوْ فِي يَدِ مُودَعِهِ أَوْ مُسْتَعِيرِهِ ، لَا فِي يَدِ مُرْتَهِنِهِ أَوْ غَاصِبِهِ .

وَإِنْ كَانَتِ الْهِبَةُ لِبَالِغٍ ، يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ قَبْضُ وَكِيلِهِ عَنْهُ ، وَلَوْ كَانَ فِي عِيَالِ الْوَاهِبِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤١٨/٢ ، ٤١٩) : « (يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وصيه أو مربيه ، يعني من هو في حجره وتربيته سواء أكان المال في يده ، أم كان وديعة عند غيره بمجرد الإيجاب أي : بمجرد قول الواهب : وهبت ، ولا يحتاج إلى القبض) ، يملك الصغير والصغيرة المال المعلوم الذي وهبه إياه أو تصدق به وليه كأبيه وجده ، أو وصيه ، ولو لم يكن الصغير أو الصغيرة في عيالهما أي : في حجرهما وتربيتهما ، أو مربيهما ، يعني من هو في حجره وتربيته ، سواء أكان أقرباء الصغير والصغيرة كأخيهما ، وعمهما ، وخالهما أم من الأجانب ، وسواء أكان المال في يده أم كان وديعة ، أو عارية عند غيره بمجرد الإيجاب أي : بقول الواهب : وهبت ، ولا يحتاج إلى القبض وكلمة يعني الواردة في هذه المادة هي تفسير المربي ، وليست تفسير الوصي كما أشير ذلك آنفًا وسيفصل ذلك آتيا ، إيضاح القيود :

١ - الصغير : إن الحكم الذي في حق الصغير هو في حق الصغيرة أيضًا ، كما هو مشروح في المادة الآنفة فلو قيل « الطفل » بدلًا من « الصغير » لكان يعم ويشمل الصغير والصغيرة (عبد الحليم) .

لكن ترتيب الحكم في مسائل كهذه على الذكور ليس معناه ترك الإناث خارجات عنه ، بل هو لتغليب الذكور على الإناث ، كما هو المتعارف يعني أنه ناشئ عن اعتبار بيان أحكام الذكور بيانًا أيضًا لأحكام الإناث ، كما هو مذكور في أصول الفقه من أن خطاب الشرع هو على هذا الوجه (الفتح) ، وحكم المجنون جنونًا مطبقًا في ذلك كحكم الصغير (النتيجة) .

٢ - وصيه : بما أنه يشتمل هذا الحكم ولي الصغير بطريق الأولى ، فلو قالت المجلة : وليه أو وصيه ، أو قالت : وليه بدلًا عن وصيه واشتملت الوصي بالحكم لكان أولى ، والمقصود بالولي في هذا الأب وإذا لم يكن الأب موجودًا فالجد .

وإليك الترتيب الآتي :

أولًا : الأب ، **ثانيًا** : الوصي الذي اختاره الأب عند عدم الأب أي : عند وفاته ، أو غيبته غيبة منقطعة ، أو وصي =

....

= هذا الوصي ، **ثالثًا** : الجَد الصحيح أي : أبو الأب عند عدم الوصي للأب المتوفى ، أو الغائب ، **رابعًا** : الوصي الذي اختاره الجَد عند وفاة الجَد ، أو غيابه غيبة متقطعة ، أو وصي هذا الوصي . **خامسًا** : الوصي الذي يعينه الحاكم ، انظر المادة (٩٧٤) (ومجمع الأنهر ، الدر المنتقى ، تكملة رد المحتار) يعني : أن المقصود من عبارة المجلة (وصيه) أعم من الوصي المختار والوصي المنصوب ، وهِبة الولي ، أو الوصي المال الذي عنده ، أو في يد المستودع ، أو المستعير للصغير أي : الطفل صحيحة على الإطلاق ، كما أشير إلى ذلك في الشرح ، سواء أكان الطفل المذكور في حجر وليه ، أو وصيه وتربيته ، أم لم يكن ، أو مربيه : قد استعملت كلمة المربي في المادة (٨٥٢) بمعنى مقابل للولي فقد استعمل هنا في معنى من لم يكن وليًا ، ولا وصيًا وعليه فهبة المربي صحيحة بلا قبض على الوجه المذكور ، **إلا أنه يشترط فيه شرطان** : **الشرط الأول** : يجب أن يكون الطفل في حجر ذلك المربي وتربيته حجر تقرأ بفتح الحاء وكسرها جمعها حجور ويطلق الحجر على المحل الذي من الإبط إلى الكشح أي : البكور فمعنى في حجره أي : في تربيته ، وقوله : (في تربيته) أيضًا إشارة إلى ذلك بعطف تفسيري (أبو السعود المصري ، الطحطاوي) وقد ذكر هذا الشرط في المجلة في عبارة (في حجره وتربيته) ، والحكم واحد في المربي سواء أكان من ذوي قربى الطفل ، كالأخ ، والأم ، والخال ، أم كان أجنبيًا كالملتقط ، وعليه لو وهب أحد أقرباء الصغير ، أو أجنبي لم يكن في حجره وتربيته للصغير مالًا له في يده ، أو وديعة عند غيره لذلك الصغير ، فلا يملك الصغير ذلك المال بمجرد الإيجاب ، ويلزم القبول والقبض على ما سيأتي في المادة الآتية .
الشرط الثاني : يجب ألا يكون ولي للصغير أو وصي ؛ لأن عدم وجود ولاية لهؤلاء المربين على التصرف في مال الصغير ووجود من له الولاية على التصرف في مال الصغير مانعان لثبوت حق القبض لهؤلاء ، إن ولاية القبض لهؤلاء تثبت إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء أكان الصبي في عيال القابض أم لم يكن وسواء أكان ذا رحم محرم منه أم أجنبيًا ، قال الطحطاوي : الاختلاف المبين الظاهر في شرح المادة (٨٥٢) يجري هنا أيضًا فلم أر غيره من قال بهذا . وعليه لو وهب من كان الصغير في حجره وتربيته مالًا في يده وأبوه حي لزم قبول الأب وقبضه ، حتى أنه لو وهب أحد لحفيده أي : ابن ابنه الذي في حجره وتربيته شيئًا لكن لم يسلمه إياه وأبوه موجود فلا حكم لتلك الهِبة ، والمقصد من عدم وجود الولي : وفاته أو كان مفقودًا بغيبته غيبة منقطعة أي : أن يكون مفقودًا . فلو وهب المعير للطفل الذي في حجره وتربيته مالًا قد أعاره لأحد ملكه الطفل المذكور بمجرد الإيجاب ولا حاجة لتجديد القبض ؛ لأن الإعارة ليست عقدًا لازمًا » .
قول المالكية : جاء في حاشية النفراوي على الفواكه الدواني (١٥٦/٢) : « هِبة الولي لمحجوره وأحد الزوجين لصاحبه خلا دار السكنى ، أو دار سكنى الزوجة لزوجها والسيد لأم ولده لا يشترط فيها حيازة ، وما عدا ذلك من أنواع العطايا لا ينافي تمامه من الحيازة قبل حصول المانع للمعطي بالكسر » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٦/٥ ، ٣٨٧) : « فإن وهب الأب لابنه شيئًا ، قام مقامه في القبض والقبول ، إن احتيج إليه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل دارًا بعينها ، أو عبدًا بعينه ، وقبضه له من نفسه ، وأشهد عليه ، أن الهِبة تامة ، هذا قول مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروينا معنى ذلك عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ثم إن كان =

٣٠١٩ - لما كان القبض شرطًا في تمام الهِبة احتيج إلى بيانه وبيان من يجوز له قبض الهِبة حتى تتم بقبضه ، وقد تقدم الأول عند الكلام على أركانها .

والموضوع الآن هو الثاني ، فالموهوب له إما أن يكون بالغًا ، وإما أن يكون غير بالغ ، وغير البالغ إما أن يكون غير مميز ، وإما أن يكون مميزًا ، وعلى كل ؛ فإما أن يكون

= الموهوب مما يفتقر إلى قبض ، اكتفي بقوله : قد وهبت هذا لابني ، وقبضته له ؛ لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا ، ولا يغني قوله : قد قبلته ؛ لأن القبول لا يغني عن القبض ، وإن كان مما لا يفتقر اكتفي بقوله : قد وهبت هذا لابني ، ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هِبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض ، وإن وليها أبوه ؛ لما رواه مالك ، عن الزهري ، عن ابن المسيب ، أن عثمان قال : من نحل ولدًا له صغيرًا ، لم يبلغ أن يحوز نحلة ، فأعلن ذلك ، وأشهد على نفسه ؛ فهي جائزة ، وإن وليها أبوه وقال القاضي : لا بد في هِبة الولد من أن يقول : قد قبلته ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الهِبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ، ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب ، فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له ، مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته ، وليس هذا مذهبًا لأحمد ، فقد قال في رواية حرب ، في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه ، وليس له ولد غيره ، فقال : أحب إلي أن يقول عند الإشهاد : قد قبضته له قيل له : فإن سها ؟ ، قال : إذا كان مفرزًا رجوت ، فقد ذكر أحمد أنه يكتفى بقوله : قد قبضته . وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد فحسب ، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا : يكتفى بأحد لفظين ، إما أن يقول : قد قبلته ، أو قبضته ؛ لأن القبول يغني عن القبض ، وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان ، لم يجز ، إلا أن يضعها على يد غيره ؛ لأن الأب قد يتلف ذلك ، ويتلف بغير سببه ، ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه ، فلا ينفع القبض شيئًا .

ولنا : أن ذلك مما لا تصح هبته ، فإذا وهبه لابنه الصغير ، وقبضه له ، وجب أن تصح كالعروض ، وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ، ويقبض له ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض من غيره ، كما في البيع ، بخلاف الأب ؛ فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض ، لكونه يجوز أن يبيع لنفسه .

والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ؛ لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله ، فجاز له أن يتولى طرفيه ، كالأب وفارق البيع ؛ فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ؛ ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة ، فيتهم في عقده لنفسه ، والهِبة محض مصلحة لا تهمة فيها ، وهو ولي فيه ، فجاز أن يتولى طرفي العقد ، كالأب ؛ ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي ، وهو هاهنا يعطي ولا يأخذ ، فلا وجه لمنعه من ذلك ، وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد عن القبض والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما » .

الواهب له الولاية عليه أولًا وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

فإن كان بالغًا عاقلًا ؛ كانت ولاية القبض له ، ولو كان في عيال الواهب ؛ لأنه هو المتصرف في شئون نفسه ، فلا يعتبر القبض إلا إذا تولاه هو ، ومن حيث إن كل من ملك تصرفًا ملك التوكيل فيه ؛ فله أن يوكل غيره في قبض الموهوب ، وحينئذٍ تتم الهِبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له ؛ لأنه نائب عنه .

٣٠٢٠ - وإن كان صغيرًا غير مميز ، فإن كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهِبة بمجرد الإيجاب ، وقام قبضه مقام قبض الصغير ، ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما إذا كان يملك التصرف في ماله أو لا ، فالأول : هو الأب ، والجد الصحيح ، والقاضي ، ووصى كل منهم ، والثاني : غيرهم ، سواء كان أخًا ، أو عمًّا ، أو أمًّا ، أو غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله ولو كان ملتقطًا ، إلا أنه يشترط في صحة قبض الثاني أن يكون الصغير في حجرهم ؛ أي : كنفهم وتربيتهم وبعضهم يشترط في صحته أيضًا عدم وجود الأول مستدلًا بأن تصرف الثاني للضرورة لا بالتفويض ، ولا ضرورة مع وجود الأول والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصحيح المفتى به ؛ لأن فيه نفعًا للصغير خصوصًا وقد وجدت دلالة تفويض الأب مثلًا إلى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له صحة قبض الصغير بنفسه إذا كان مميزًا ، ولو كان الأب ونحوه حاضرًا .

ولكنه يشترط لصحة هذه الهِبة وتمامها شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون الموهوب معلومًا فلو كان مجهولًا ، كما إذا قال : وهبت له شيئًا من مالي ؛ لم تصح وهذا الشرط عام في كل هِبة .

الثاني : ألا يكون مشاعًا فيما يحتمل القسمة وقد عرفته في بحث هِبة المشاع ، وهذا الشرط وإن كان عامًّا في كل هِبة أيضًا ، إلا أن الغرض من الإتيان به في هذه بخصوصها ؛ نفي توهم عدم اشتراطه فيها ؛ لأنه إنما اشترط لأجل تمام القبض وهذا في يد ولي القبض ، فلا يفتقر إلى ذلك ، ولا بأس بهذا التوهم ؛ لأن فيه نفعًا للصغير خصوصًا وهِبة المشاع غير متفق على عدم تمامها .

الثالث : أن يكون الموهوب في يد الواهب ، فلو كان في يد غيره ؛ فإما أن يكون مودعًا ، أو مستعيرًا ، أو مرتهنًا ، أو غاصبًا ، أو مستأجرًا .

٣٠٢١ - فان كان مودعًا أو مستعيرًا : تمت الهِبة أيضًا : وإن لم يسترده .

وإن كان مرتهنًا أو ما بعده : فلا تتم إلا باستردادها ممن هي تحت يده ، **والسبب في**

ذلك : أن القبض شرط لتمام الهِبة وقد فقد حقيقة وتقديرًا بالنسبة للمرتهن ومن بعده ؛ لأننا جعلنا يد الولي فيما يهبه للصغير بمنزلة يده إذا كانت قائمة ، وهاهنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للصغير ، فانعدم قبضها الذي هو متمم للهِبة ، فقلنا بعدم التمام ؛ ولذا لو استردت منه انتفي التعذر فتتم ومثل المرتهن الغاصب والمستأجر بخلاف ما إذا كان صاحب اليد مودعًا أو مستعيرًا ؛ لأن يدهما كيد الواهب فهى موجودة تقديرًا فتتم الهِبة .

٣٠٢٢ - وإن كان الصغير مميز أيضًا ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعنى المتقدم ؛ فلا تتم الهِبة بمجرد الإيجاب ، بل لا بد من القبض ، سواء كان ممن له الولاية على أمواله أولًا ، إلا أنه لو كان ممن له الولاية على أمواله تمت بقبضه ، سواء كان في كنفه وتربيته أولًا ؛ لأن له ولاية التصرف في أمواله وقبض الهِبة من التصرف في المال ، فتتم به مطلقًا بخلاف غيره ؛ فإنه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه لكن لما كان في كنفه كانت له الولاية في الجملة ؛ ولذا كان له تأديبه وتسليمه إلى صنعة ، فيصح منه قبض ما وهب له ؛ لأن فيه نفعًا محضًا للصغير خصوصًا وقد وجدت دلالة التفويض من وليه إلى من يعوله ، ولذا لا يشترط في صحة قبضه عدم وجود الأب ونحوه ممن له ولاية ماله على ما هو الصحيح المفتى به .

(مادة ٥١٢)

إِذَا وَهَبَ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً لِصَبِيٍّ ، جَازَ لِكُلِّ مَنْ هُوَ فِي حِجْرِهِ قَبْضُهَا ، وَالصَّبِيُّ إِذَا كَانَ مُمَيِّزًا فَقَبضهُ مُعْتَبَرٌ وَلَوْ مَعَ وُجُودِ الأَبِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (٣٣/٩) : « (وإن وهب له أجنبي هِبة تمت بقبض الأب) ؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع ، قال (وإذا وهب لليتيم هِبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب ، أو جد اليتيم ، أو وصيه جاز) ؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز) ؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه ؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه) ؛ لأن له عليه يدًا معتبرة ، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعًا في حقه (وإن قبض الصبي الهِبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلًا ؛ لأنه نافع في حقه وهو من أهله .

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل =

....

= الزفاف ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة » .

قول الشافعية : جاء في حاشية البيجيرمي على الإقناع (٣/٢٦١ ، ٢٦٢) : « لا يشترط في المتهب الرشد ، بل يقتضي صحة قبول الهبة من ولي الطفل ، وفي شخص بالغ تصدق على ولد مميز ووقعت الصدقة في يده من المتصدق فهل يملكها المتصدق عليه بوقوعها في يده ، كما لو احتطب ، أو احتش ، أو نحو ذلك ، أم لا ؟ ؛ لأن القبض غير صحيح ، فأجاب بأنه لا يملك الصبي ما تصدق به عليه إلا بقبض وليه . ا . هـ .

وعلى عدم الملك ، فهل يحرم الدفع له كما يحرم تعاطي العقد الفاسد منه أم لا لانتفاء العقد المذكور ؟ ، فيه نظر ، والأقرب عدم الحرمة . ويحمل ذلك من البالغ على الإباحة كتقديم الطعام للضيف ، فللمبيح الرجوع فيه ما دام باقيًا هذا ، ومحل الجواز حيث لم تدل قرينة في عدم رضا الولي بالدفع له سيما إن كان ذلك يعودهم على دناءة النفس والرذالة فيحرم الإعطاء لهم لا لعدم الملك ، بل لما يترتب عليه من المفاسد الظاهرة .

قوله : (وغير المكلف) يشمل ذلك الهبة للعبد الصغير ، أو المجنون إذا قصد الواهب سيده وأطلق ؛ فإن القبول من السيد ويكون بمنزلة الولي ، قوله : (يقبل له وليه) فإن لم يفعل انعزل الوصي والقيم دون الأب والجَد ، فإن كان الواهب الولي قبل له الحاكم إلا إن كان أبًا أو جَدًّا فيتولى الطرفين ، **فعلم من ذلك** : أنه لو غرس شجرًا وقال عند غراسه : أغرسه لطفلي ، أو جعلته له ، أو اشترى حليًا ، أو غيره لزوجته ، أو ولده الصغير وزينهما به ، أو جهز بنته بأمتعة ، لم يحصل الملك بشيء من ذلك لانتفاء الإيجاب والقبول ، فلو ادعت بنته أنه ملكها إياه وأنكر صدق بيمينه .

وفي فتاوى القاضي حسين : أنه لو نقل ابنته وجهازها إلى بيت الزوج ؛ فإن قال : هذا جهاز بنتي فهو ملك لها مؤاخذة له بإقراره ، وإن لم يقل فهو إعارة ويصدق بيمينه سم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/٣٨٥ ، ٣٨٦) : « (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره) **وجملة ذلك** : أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ، ولا قبوله ؛ لأنه ليس من أهل التصرف ، ووليه يقوم مقامه في ذلك ؛ فإن كان له أب أمين ، فهو وليه ؛ لأنه أشفق عليه ، وأقرب إليه ، وإن مات أبوه الأمين ، وله وصي ، فوليه وصيه ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه ، فجرى مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون ، لفسق ، أو جنون ، أو مات عن غير وصي ، فأمينه الحاكم ، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة ، وأمين الحاكم يقوم مقامه ؛ وكذلك وكيل الأب والوصي ، فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتيج إليه ؛ لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ ، فكان إلى الولي ، كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء .

قال أحمد في رواية صالح : في صبي وهبت له هِبة ، أو تصدق عليه بصدقة ، فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر ، فقال : لا أعرف للأم قبضًا ، ولا يكون إلا للأب ، وقال عثمان ﷺ : أحق من يحوز على الصبي أبوه . وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافًا ؛ لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه ، والوالي نائب بالشرع ؛ فصح قبضه له ، أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه ، وليس له أب ولا وصي ، ويكون فقيرًا لا غنى به عن الصدقات ؛ فإن لم يصح قبض غيرهم له ، انسد باب وصولها إليه ، فيضيع ويهلك ، =

٣٠٢٣ - وإن كان الصغير مميزًا فإن كانت الهِبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهِبة بمجرد الإيجاب أيضًا بالشروط المتقدمة فيما إذا كان الصبى غير مميز ، وإن كانت الهِبة من أجنبي فلا تتم إلا بالقبض ، سواء كان بنفسه أو ممن له الولاية عليه ؛ فإن كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهِبة بقبضه وإن لم يكن في كنفه وتربيته .

بخلاف غيره ؛ فإنه لا بد أن يكون ممن يعوله ويكفله ، لأن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فيملك ذلك فليس للواهب أن ينزعه من يده بعده .

٣٠٢٤ - وإنما تمت الهِبة بقبضه بنفسه ولو مع وجود الولي ؛ لأنه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ملحق بالبالغ استحسانًا وإن كان القياس يقتضى عدم الجواز ؛ إذ لا عبرة بعقله قبل البلوغ .

ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الأجنبي إذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولو كانت له حاجة إليه .

ووجه الاستحسان : أنه إنما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه ؛ لأن الظاهر أنه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم كماله ؛ فإذا كان التصرف نفعًا محضًا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرًا له ، لأن الرد في التصرف الضار لأجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لأجله أيضًا فيرده الولي إن لم ير فيه مصلحة وينفذه إن رأها ، فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعًا محضًا ويحصل له النفع بطريقين ؛ إذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرًا له ، ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز والاختبار .

٣٠٢٥ - وكما يصح قبول الصبى المميز الهِبة يصح منه ردها فلا يصح قبوله بعده ، والظاهر أن الولي ليس له أن يرد ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة فلو قبل

= ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

فعلى هذا ، للأم القبض له ، وكل من يليه من أقاربه وغيرهم ، وإن كان الصبي مميزًا ، فحكمه حكم الطفل ، في قيام وليه مقامه ، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ ، إلا أنه إذا قبل لنفسه ، وقبض لها صح ؛ لأنه من أهل التصرف ؛ فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي ، فهاهنا أولى ، ولا يحتاج إلى إذن الولي هاهنا ؛ لأنه محض مصلحة ، ولا ضرر فيه ، فصح من غير إذن وليه ، كوصيته ، وكسب المباحات ، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه ، دون القبول ؛ لأن القبض يحصل به مستوليًا على المال ، فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه ، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه ، كقبضه لوديعته ، وأما القبول : فيحصل له به الملك من غير ضرر ، فجاز من غير إذن ، كاحتشاشه واصطياده » .

الصبى بعد رده صح ذلك .

٣٠٢٦ - ومحصل هذا : أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له ؛ بل تارة يكون بقبضه بنفسه أو بوكيله إذا كان بالغًا عاقلًا ، وتارة يكون بنفسه أو ممن هو في كنفه وتربيته إذا كان صغيرًا مميزًا ، وتارة يكون ممن يعول الصغير ويكفله فقط إذا كان صغيرًا غير مميز .

(مادة ٥١٣)

زَوْجُ الْمَرْأَةِ الصَّغِيرَةِ يَمْلِكُ بَعْدَ زِفَافِهَا قَبْضَ مَا وهبَ لَهَا ، وَلَوْ مَعَ حَضْرَةِ أَبِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ زِفَافِهَا وَلَا بَعْدَ بُلُوغِهَا (١) .

* * *

٣٠٢٧ - الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته وإن لم تكن له الولاية على أموالها ولكنه مشروط بشرطين :

الأول : أن تكون صغيرة سواء كانت غير مميزة ، أو مميزة ؛ إذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن في جميع تصرفاتها .

الثاني : أن يكون ذلك بعد الزفاف فلا تتم الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية ، لأن الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه فيملكه ولو مع وجود الأب ، ولا شك أن الأب إذا قبضها بنفسه تمت ؛ لأن النائب إذا كان يملكه فالأصيل من باب أولى (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٥/٩٦) : « (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ، ولو قبضه لأب أيضًا صح ؛ لأن الولاية له ، وإنما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ، ولهذا ملكه والأب حاضر بخلاف الأم والأجنبي حيث لا يملكانه إلا بعد موته ، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ؛ لأن تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضًا إن كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج ؛ لأنه إنما يملكه باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف ، ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : « المادة (٢٢٢) الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي .

الفصل الرابع
في الرجوع في الهِبة

(مادة ٥١٤)

يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي الْهِبَةِ كُلًّا أَوْ بَعْضًا ، وَلَوْ أَسْقَطَ الْوَاهِبُ حَقَّهُ ، مَا لَمْ يَمْنَعْ مَانِعٌ مِنَ الْمَوَانِعِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَوَادِّ السَّبْعَةِ الآتِيَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٢٨/٦) : « أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهِبة ثابت عندنا ، خلافًا للشافعي رحمه الله احتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده » وهذا نص في مسألة هِبة الأجنبي ، والوالد وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » والعود في القيئ حرام ، كذا في الهِبة ؛ ولأن الأصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ، ولم يوجد ؛ لأن المقصود من الهِبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلًا .
ولنا : الكتاب والسنة وإجماع الصحابة ﷺ ، أما الكتاب العزيز : فقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾ والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال ، (قال القائل) : تحيتهم بيض الولاء بدينهم ؛ لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة ، وهي قوله تعالى : ﴿ أَوْ رُدُّوهَا ﴾ ؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ؛ لأنه عبارة عن إعادة الشيء ، وذا لا يتصور في الأعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل .
وأما السنة : فما روي عن أبي هريرة ﷺ أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أي : بعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب .
وأما إجماع الصحابة : فإنه روي عن سيدنا عمر ، وسيدنا عثمان ، وسيدنا علي ، وعبد الله ابن سيدنا عمر ، وأبي الدرداء ، وفضالة بن عبيد وغيرهم ﷺ أنهم قالوا : مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعًا ؛ ولأن العوض المالي قد يكون مقصودًا من هِبة الأجانب ؛ فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحسانًا إليه وإنعامًا عليه ، وقد يهب له طمعًا في المكافأة والمجازاة عرفًا وعادة ، فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعًا قال الله تبارك وتعالى : ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام : « من اصطنع إليكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى يعلم أنكم قد كافأتموه » وقال عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا » والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين ، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع ؛ لأنه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب ، كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة ، كذا هذا .
وأما الحديث الأول ؛ فله تأويلان أحدهما : أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء ، وذلك لا يجوز =

٣٠٢٧ مكرر - اعلم أنه بعد تمام الهِبة واستبقاء جميع شرائطها قد اختلفوا في صحة الرجوع فيها ، فقال الإمام الشافعي : ومن وافقه بعدم صحة الرجوع إلا للوالد فيما يهب لولده ، وقالت الحنفية بصحته مطلقًا .

واستدل الإمام الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده** » (١) .

= عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده ؛ فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه ، الثاني : أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم ؛ لأن نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج » قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف أن تتزوج عليهن بعد ما اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة ، لا من حيث الحكم إذا كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة ، ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى : « العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه » وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي ، كذا هذا ، وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذه مال ابنه عند الحاجة إليه لكنه سماه رجوعًا لتصوره بصورة الرجوع مجازًا وإن لم يكن رجوعًا حقيقة » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي (٣/١١٥) : « (ولا رجوع لغير الأصول في هِبة مقيدة بنفي الثواب) أي العوض وسيأتي الرجوع في المطلقة (ومتى وهب مطلقًا) أي : من غير تقييد بثواب أو عدمه ، (فلا ثواب إن وهب لدونه) في الرتبة (وكذا لأعلى منه في الأظهر ولنظيره على المذهب) ؛ لأن اللفظ لا يقتضيه والمقابل ينظر إلى العادة ، والطريق الثاني في الأخيرة يطرد فيها الخلاف فيما قبلها ، (فإن وجب) ثواب على المرجوع (فهو قيمة الموهوب في الأصح) يوم القبض والثاني ما يعد ثوابًا لمثله عادة ، (فإن لم يثبه فله الرجوع) في الموهوب إن بقي فإن تلف رجع بقيمته ، قال في الروضة : ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعًا صرح به البغوي وغيره وهو ظاهر ، وأما الهدية : فظاهر أنها كالهِبة ا هـ . ونقله في الكفاية عن البندنيجي » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/٣٧٩) : « والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها ، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهِبة ، ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ؛ لأن الهِبة قامت مقام الإذن في القبض ؛ لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم إلا بالقبض .

ولنا أنه قبض الهِبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ؛ ولأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ، ولا يصح جعل الهِبة إذنًا في القبض ، بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب في القبض ، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع في الهِبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض ، لم ينفع رجوعه ؛ لأن الهِبة تمت » .

(١) قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (٤/١٢٤) تعليقًا على هذا الحديث : « أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال : =

٣٠٢٨ - وبأن الهِبة ما خرجت عن كونها عقد تمليك كالبيع ، فوجب أن تلزم مثله ، وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد ، والعقد لا يقتضى ضده .

٣٠٢٩ - وإنما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده ، لأن إخراجه عن ملكه لم يتم ، إذ الولد من كسب أبيه ، قال عليه الصلاة والسلام : « **أنت ومالك لأبيك أن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئًا** » (١) .

واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام : « **الواهب أحق بهبته ، ما لم يثبت منها** » (٢) ، أي : ما لم يعوض عنها ، وبعضهم يروى هذا على أنه من كلام سيدنا علي كرم اللَّه تعالى وجهه .

٣٠٣٠ - والمراد به بعد التسليم ؛ لأنها لا تكون هِبة حقيقة قبله ، وحينئذٍ تكون إضافتها إلى الواهب باعتبار ما كان كما يقال : أكلنا خبز فلان ، وإن كان الآكل قد اشتراه ، ولأن المقصود من الهِبة العوض ، ولهذا يقال : الأيادي قروض .

وتأيد ذلك بالشرع قال عليه الصلاة والسلام : « **تهادوا تحابوا** » (٣) ، والتفاعل يقتضى الفعل من الجانبين ، فإذا لم يحصل مقصوده ثبت له الرجوع ، وهذا مثل المشتري فإنه إذا وجد بالمبيع عيبًا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع .

٣٠٣١ - وأجابت الحنفية عن الحديث الذي استدل به الشافعي بأن المراد منه : أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فإنه ينفرد بالأخذ للإنفاق ، وسمى ذلك رجوعًا نظرًا إلى الظاهر ؛ وإن لم يكن رجوعًا حقيقية على أن هذا الحكم غير مختص بالهِبة بل الأب إذا احتاج فله الأخذ من مال ابنه ولو غائبًا ، فلو لم يحتج لم يجز له الأخذ .

= « لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هِبة فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها ، كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه » ، وينظر : سنن الترمذي (كتاب : الولاء والهِبة عن رسول اللَّه / بلعب : ما جاء في كراهية الرجوع في الهِبة / ٢١٣٢) ، وسنن النسائي (كتاب : الهِبة / باب : رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين / ٣٦٩٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : الرجوع في الهِبة / ٣٥٣٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : الرجوع في الهِبة / ٢٣٨٤) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٦/١٨١) ، وسنن الدارقطني (٣/٤٤) (١٨١) .

(٣) سبق تخريجه .

٣٠٣٢ - وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة في تخصيص الهبة بهذا الحكم ، أو المراد أنه لا يحل له الرجوع بطريق الديانة والمروءة فيكون كقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طاو** » ، أي : لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزًا في الحكم .

على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه الشافعي ينافي الرجوع ؛ لأنه خبر عن قبحه فيكون معناه : أن الواهب لا يليق به أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يهبه لولده .

٣٠٣٣ - ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام « **المؤمن لا يكذب** » وقوله أيضًا : « **الزاني لا يزني وهو مؤمن** » (١) ، أي : لا يليق به أن يكذب أو يزني وهو مؤمن ، فليس المراد أنه ينافي صفة الإيمان ، بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا ما نحن بصدده أي : أنه قبيح من حيث العادة لا الشرع ، لأن الشرع مكنه من الرجوع .

٣٠٣٤ - وأنت بعد إيراد الدليلين لا يخفى عليك ظهور أحدهما والرجوع في الهبة ثابت ، ولو صرح الواهب بإسقاطه ؛ فيعلم من هذا أن الإسقاط لا يكون في كل حق ؛ إذ بعض الحقوق لا يسقط ، وإن أسقطها صاحبها كهذا والميراث والاستحقاق في الوقف .

ولكنهم قالوا في الأخيرين : لا يسقط كل منهما لثبوته جبرًا ، فانظر الأول ، ولعله لكونه من مقتضيات العقد فلا يسقط بالإسقاط ، ومع ذلك فالرجوع عند القائلين به قبيح ومرتكبه دنيء كما علم من تقرير دليلهم .

(مادة ٥١٥)

إِذَا زَادَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً مُوجِبَةً لِزِيَادَةِ قِيمَتِهَا ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ لِزِيَادَةِ سِعْرِهَا .

وَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ بِالزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ مِنَ الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ أَوْ غَيْرِ الْمُتَوَلِّدَةِ ، وَإِذَا

(١) صحيح البخاري (كتاب : المظالم والغصب / باب : النهبى بغير إذن صاحبه / ٢٤٧٥) ، وصحيح مسلم (كتاب : الإيمان / باب : بيان نقصان الإيمان بالمعاصي ونفيه عن المتلبس / ٥٧) ، وسنن الترمذي (كتاب : الإيمان عن رسول الله / باب : ما جاء لا يزني الزاني وهو مؤمن / ٢٦٢٥) ، وسنن النسائي (كتاب : القسامة / باب : ما جاء في كتاب المجتبى مما ليس في السنن / ٤٨٦٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : السنة / باب : الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه / ٤٦٨٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفتن / باب : النهي عن النهبة / ٣٩٣٦) .

ارْتَفَعَ مَانِعُ الزِّيَادَةِ عَادَ حَقُّ الرُّجُوعِ (١) .

* * *

٣٠٣٥ – وإنما يصح الرجوع في الهِبة إذا لم يكن هناك مانع منه، والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم في قوله :

مَنَع الرُّجُوع مِنَ الْمَوَاهِب سَبْعَةٌ فَزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْت عِوَض
وَخُرُوجُهَا عَنْ مِلْكِ مَوْهُوب لَهُ زَوْجِيَّةٌ قُرْبٌ هَلَاكٌ قَدْ عَرَض

واختصر هذا آخر بقوله :

وَيمنع الرُّجُوعَ فِي فَصْل الهِبَة يَا صَاحِبِي حُروفُ دَمْعٌ خَزَقَه

فكل حرف من حروف « دمع خزقه » يشير إلى مانع منها ، فالدال تشير إلى الزيادة والميم لموت أحد المتعاقدين ، والعين للعوض ، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، والزاي للزوجية ، والقاف للقرابة ، والهاء لهلاك الموهوب .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « ومنها ، أي : من موانع الرجوع – : الزيادة في الموهوب زيادة متصلة ، سواء كانت بفعل الموهوب له أو لا بفعله ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما إذا كان الموهوب جارية هزيلة ، فسمنت أو دارًا ، فبنى فيها أو أرضًا فغرس فيها غرسًا أو نصب دولابًا ، أو غير ذلك مما يستسقى به وهو مثبت في الأرض ومبني عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلًا كان ، أو كثيرًا ، أو كان الموهوب ثوبًا فصبغه بعصفر ، أو زعفران ، أو قطعه قميصًا وخاطه ، أو جبة وحشاه ، أو قباء ، وإن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله أن يرجع ، كذا في البدائع » .
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٥٠/٧ ، ١٥١) : « (وإن نقصت العين ، أو زادت زيادة منفصلة) (لم يمنع الرجوع) . إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع وكذا إذا زادت زيادة منفصلة ، على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، قال المصنف ، والشارح : لا نعلم فيه خلافًا ، وفي الموجز رواية : أنها تمنع . **تنبيه** : يستثنى من كلام المصنف : لو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه : منع الرجوع ، إلا أن نقول : الزيادة المنفصلة للأب ، قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم ، قلت : فيعايى بها ، وتقدم في آخر الجهاد شيء من ذلك ، قوله (والزيادة للابن) ، هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، ويحتمل أنها للأب ، واستثنوا ولد الأمة ؛ فإنها للولد عندهم بلا نزاع ، (وهل تمنع الزيادة المتصلة الرجوع) على روايتين . إحداهما : تمنع ، نصره المصنف ، والشارح ، قال في القاعدة الحادية والثمانين بعد إطلاق الروايتين والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور امتناع الرجوع ، وهو المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة ، والرواية الثانية : لا تمنع ، نص عليه في رواية حنبل ، وهو اختيار القاضي ، وأصحابه ، قاله الحارثي : واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وقال : ويشارك بالمتصلة ، قال في القواعد : وعلى القول بجواز الرجوع : لا شيء على الأب للزيادة » .

فالمانع الأول : هو الزيادة ، ولكن ليست كل زيادة في الموهوب مانعة من الرجوع في الهبة بل الزيادة المتصلة به ، سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة ، أما المنفصلة ، سواء كانت متولدة أو غير متولدة فلا تمنع الرجوع فيها فعلم أن أنواع الزيادة أربعة ؛ لأنها إما متصلة ، أو منفصلة وكلًّا منهما ، إما أن يكون متولدًا من الأصل ، أو غير متولد منه .

فالمتصلة المتولدة : كالتمر قبل جزه والسمن ، والغير المتولدة : كالبناء والغرس في الأرض ، **والمنفصلة المتولدة** : كالولد والثمر بعد قطعه ، والغير المتولدة : كالكسب والغلة . ومعنى كونها غير متولدة من الأصل ، وإن كانت ناشئة عنه أنها ليست بدلًا عن جزء من الشيء نفسه بل هي بدل المنافع ، والمانع منها هي المتصلة بقسميها .

والسبب في ذلك : أن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب والزيادة ليست موهوبة فلا رجوع فيها ، والفصل ليرجع في الأصل دون الزيادة متعذر فامتنع أصلًا وبطل حق الواهب ؛ لأن له حق التملك في الأصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكانت مراعاته أولى عند تعذر الفصل ، وهذا السبب لا يظهر إلا في الزيادة المتصلة دون غيرها .

ولكن يشترط فيها : زيادة قيمة الموهوب فإن ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال المانع منه ، فإن كانت الزيادة من حيث السعر فقط ثبت الرجوع ، لأنه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع إبطال حق الموهوب له وهو المانع .

٣٠٣٦ - وإن نقل الموهوب من مكان إلى آخر وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ؛ ففيه خلاف .

قال الإمام ومحمد : ينقطع الرجوع .

وقال أبو يوسف : لا ينقطع ؛ لأن الزيادة لم تحصل في نفس الشيء فصارت كزيادة السعر .

ولهما : أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فامتنع ، وهو الظاهر .

٣٠٣٧ - وعندما يرجع الواهب وكانت في الموهوب زيادة منفصلة ؛ أخذ الأصل لا الزيادة ؛ حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له في الزيادة ؛ ألزم بالانتظار حتى يزول ، فإذا ولدت الموهوبة ؛ فليس له أن يرجع حتى يستغنى الولد عن أمه .

(مادة ٥١٦)

إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ بَعْدَ قَبْضِ الْهِبَةِ ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ فِيهَا [١] .

* * *

٣٠٣٨ - **المانع الثاني** : موت الموهوب له أو الواهب بعد قبض الهبة ، لأنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم يستفيدون [٢] من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم كما إذا انتقل إليهم في حال حياته ؛ ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار الموهوب كعين أخرى ، فلا يكون له سبيل عليها .

٣٠٣٩ - وإذا مات الواهب ، فالوارث أجنبي عند العقد ؛ إذ هو لم يوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث ؛ ولأن الشارع أوجبه للواهب .

(مادة ٥١٧)

إِذَا خَرَجَتِ الْعَيْنُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ خُرُوجُهَا مِنْ يَدِهِ خُرُوجًا كُلِّيًا ؛ امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فِيهَا .

وَإِنْ كَانَ خُرُوجُهَا لَا بِالْكُلِّيَّةِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ ، فَلَوْ بَاعَ بَعْضَهُ ؛ فَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِي الْبَاقِي [٣] .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٩٩/٥) : « بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم لا يستفيدوه من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ؛ فصار كعين أخرى ، فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره ؛ لأنه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضًا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ؛ ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب » .

(٢) في الأصل : [يستفيدوا] .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « (ومنها) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب كان من البيع والهبة ونحوهما ، وكذا بالموت ؛ لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتًا للمورث ، ولو وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد للواهب أن يرجع فيها ، وكذا المكاتب إذا وهب له هبة فقبضها فللواهب أن يرجع فإن عجز المكاتب ورد في الرق ، فللواهب أن يرجع عند أبي يوسف رحمه الله » .

٣٠٤٠ - **والمانع الثالث** : خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، فإذا تصرف فيه كله بالبيع مثلًا ؛ امتنع الرجوع في الكل ، وإن تصرف في البعض امتنع بالنسبة إليه ، فيثبت له الحق في الباقي كأنه لم يتصرف في شيء منه ؛ لأنه إذا لم يبع منه شيئًا ؛ كان له أن يرجع في البعض ويترك الآخر ؛ إذ له حق الرجوع في الكل ، فله أن يستوفيه إن شاء ، وإن شاء استوفى بعضه ، فكذا إذا بيع بعضها ؛ لأن المانع لم يوجد إلا في المبيع فيتقدر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم ؛ لأنه لما جاز الرجوع في البعض مع إمكان الرجوع في الكل ، فأولى أن يجوز عند العجز ، وإنما هذا مانعًا من الرجوع ؛ لأن إخراجه عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ؛ لأن القاعدة : أن كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين أخرى فلا سبيل له عليها .

(مادة ٥١٨)

إِذَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الزِّفَافِ أَوْ قَبْلَهُ هِبَةً لِلآخَرِ ؛ فَلَا رُجُوعَ لَهُ فِيهَا ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْهِبَةِ .

وَإِذَا وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا دَارًا فِيهَا مَتَاعٌ لَهَا ؛ صَحَّتِ الْهِبَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ مَشْغُولَةً بِمِلْكِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « وإذا وهب أحد الزوجين لصاحبه لا يرجع في الهبة ، وإن انقطع النكاح بينهما ، ولو وهب لأجنبية ثم تزوجها ، أو وهبت لأجنبي ثم زوجت نفسها منه كان للواهب أن يرجع في الهبة ؛ لأن النكاح بعد الهبة لا يمنع الرجوع ، كذا في فتاوى قاضي خان ، (ومنها القرابة المحرمية) ، سواء كان القريب مسلمًا أو كافرًا ، كذا في الشمني » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٣١٤/١ ، ٣١٥) : « في الرجل يسأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل ثم أرادت بعد موته ، أو بعد أن صح الرجوع فيه هل ترى لها ذلك بمنزلة الميراث ؟ ، قال ابن القاسم : ليس لها ذلك ، ولا يعجبني ذلك لها ؛ صح ، أو مات قضى فيه بشيء ، أو لم يقض ، وليست الصدقات والديون في هذه بمنزلة المواريث ، وهذا وجه الشأن فيه ، وهو قول مالك ، قال محمد بن رشد : لا اختلاف أن ما وهبت المرأة لزوجها من مالها ، أو من صداقها عليه في مرضه ، أو في صحته لازم لها ، وليس لها الرجوع في شيء منه في حياته ولا بعد موته ، إلا أن يكون أكرهها على ذلك بالإخافة والتهديد مثل أن يسألها ذلك فتأبى فيقول : والله لئن لم تفعلي ذلك لأضيقن عليك ولا أدعك تأتي أهلك ولا يأتوك ، وعن ابن القاسم أنه لا يلزمها ؛ لأن إكراه الرجل امرأته إكراه على ما قاله في المدونة . وقوله : « لا يعجبني ذلك » لفظ فيه تجوز ولا يسوغ له ذلك ، وقد يعبرون بالمكروه عن الحرام ، =

٣٠٤١ – **والمانع الرابع** : الزوجية ولكن يشترط أن تكون موجودة وقت الهِبة ، سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وسواء دامت الزوجية بعد الهِبة أو انقطعت ، فلو حصلت الزوجية بعد الهِبة لم يمتنع الرجوع .

٣٠٤٢ – وإنما كانت الزوجية مانعة من الرجوع ؛ لأنها نظير القرابة ، ولذا يجري التوارث بينهما وترد شهادة كل واحد منهما للآخر ؛ فيكون المقصود من هِبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادَّ دون العوض ، كما في القرابة المحرمية وقد حصل بنفس الهِبة فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهِبة للأجنبي ؛ لأن المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته .

٣٠٤٣ – ومما أخرجوه عن الأصل بالنسبة للزوجية : ما إذا وهبت الزوجة دارها لزوجها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح ؛ لأنها وما في يدها في يده

= وأما إذا سألها في مرضه أن تهب له ميراثها مما يخلفه أو بعضه ؛ فلا يلزمها ذلك ، ولها أن ترجع فيه إذا مات قضى فيه بشيء ، أو لم يقض بخلاف الابن البائن عن أبيه يسأله أن يهب له ميراثه مما يخلفه ، أو من بعضه ، فهذا إن قضى فيه بشيء لزمه ، ولم يكن له أن يرجع عنه » .

وجاء فيه أيضًا (٢٧٨/٢) : « في ثمانية أبي زيد إذا أدخل الرجل على زوجته جماعة من الناس لتضع عنه صداقها فأدركها الحياء والحشمة فوهبت له صداقها فلها الرجوع ، وفي أسئلة القابسي لا ترجع ، ولا عذر لها في الحياء والحشمة انتهى » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٣١٦/٤ ، ٣١٧) : « (وإن سأل) زوج (امرأته هِبة مهرها فوهبته) له ثم ضرها فلها الرجوع (أو قال) زوج لزوجته (أنت طالق إن لم تبرئيني فأبرأته) من مهرها (ثم ضرها بطلاق أو غيره فلها الرجوع) فيما وهبته من المهر أو أبرأته منه ؛ لأن شاهد الحال يدل أنها لم تطب به نفسًا وإنما أباحه اللَّه عن طيب نفسها بقوله : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ وغير الصداق كالصداق ، قاله في شرح المنتهى ، ويؤيده قول عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فأيما امرأة أعطت زوجها شيئًا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به ، رواه الأثرم ، وقال الحارثي : المشهور عنه ، أي : عن الإمام أن لا رجوع لواحد من الزوجين فيما وهب للآخر إلا أن تهب المرأة مهرها لسؤال منه ونحو ذلك فترجع (إلا إن تبرعت به) أي : بمهرها (من غير مسألة) الزوج فلا رجوع لها نصًّا ، واحتج في رواية أحمد بن إبراهيم الكوفي بقوله تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا ﴾ » .

وجاء فيه أيضًا (٤٧٥/٥) : « (وإن دفع) الزوج (إليها شيئًا زائدًا على الكسوة مثل : مصاغ وقلائد وما أشبه ذلك على وجه التمليك فقد ملكته) بقبضه كسائر الهِبات (وليس له إذا طلقها أن يطالبها به) للزوم الهِبة بالقبض (وإن كان) الزوج (قد أعطاها) ذلك (للتجمل به كما يركبها دابته ويخدمها غلامه ونحو ذلك لا على وجه التمليك المعين فهو باق على ملكه) ؛ لأنه لم يخرج عنه بشيء يقتضيه (فله أن يرجع فيه متى شاء سواء طلقها أو لم يطلقها) ؛ لأنه ملكه » .

فكانت الدار مشغولة بعياله ، وهذا لا يمنع صحة قبضه ومثل هذا ما إذا وهب الأب لابنه الصغير دارًا مشغولة بمتاعه ؛ فإنه يصح على المفتى به ؛ لأن إشغالها بمتاع الواهب لا يمنع قبضه .

(مادة ٥١٩)

مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَلَوْ ذِمِّيًا أَوْ مُسْتَأْمَنًا أَوْ غَيْرَ مُسْتَأْمَنٍ ؛ فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ .

فَإِنْ وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ ، أَوْ لِمَحْرَمٍ غَيْرِ ذِي رَحِمٍ ، أَوْ لِمَحْرَمٍ بِالْمُصَاهَرَةِ وَأَرَادَ الرُّجُوعَ ؛ فَلَهُ ذَلِكَ [1] .

* * *

٣٠٤٤ - والمانع الخامس: القرابة ولكن ليست كل قرابة مانعة من الرجوع في الهبة ؛ بل التى يكون فيها الموهوب له رحمًا محرمًا من الواهب ، بأن يكون قريبًا له ، ويحرم عقد الزواج بينهما ، كالبنت والأم والخالة والعمة .

فلو كان القريب رحمًا غير محرم كبنت العم أو بنت الخالة ، أو كان الموهوب له محرمًا غير رحم كالأخت من الرضاع أو كان أجنبيًا لم يمتنع الرجوع ، والأصل في ذلك : قوله ﷺ : « **إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها** » [2] ؛ ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل ، وفي الرجوع قطيعة فامتنع .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٧/٤) : « ولا يرجع في الهبة من المحارم بالقرابة كالآباء والأمهات ، وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا ، وأولاد البنين والبنات في ذلك سواء ، وكذلك الإخوة والأخوات والأعمام والعمات ، والمحرمية بالسبب لا بالقرابة لا تمنع الرجوع كالآباء والأمهات والإخوة والأخوات من الرضاع ، وكذا المحرمية بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات ، كذا في خزانة المفتين .

قال : حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم ، فوهب أحدهما لصاحبه شيئًا وقبله ، فلا رجوع له فيه ، فإن لم يقبض الموهوب له حتى رجع إلى دار الحرب ؛ بطلت الهبة ؛ فإن كان الحربي أذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانًا ، وفي القياس : لا يجوز ، كذا في المبسوط » .

(٢) المستدرك (٢٣٢٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي ١٦١/٦ ، وسنن الدارقطني ٤٤/٣ (١٨٤) .

(مادة ٥٢٠)

إِذَا هَلَكَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ فِـي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوِ اسْتُهْلِكَتْ ؛ سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ فِيهَا .

فَإِنْ اسْتُهْلِكَ الْبَعْضُ ؛ فَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِيمَا بَقِيَ (١) .

* * *

٣٠٤٥ - **والمانع السادس** : هلاك الموهوب أو استهلاكه ، فإذا هلك البعض ؛ ثبت له حق الرجوع في الباقي كما تقدم في خروج البعض عن ملك الموهوب له .

٣٠٤٦ - وإنما كان هذا مانعًا ، لتعذر الرد بعد الهلاك ، فامتنع الرجوع ، ولا يلزم بدفع القيمة أو المثل ؛ لأن التسليط حصل من الواهب ؛ فيد الموهوب له ليست يد ضمان .

(مادة ٥٢١)

إِذَا أَضَافَ الْمَوْهُوبُ لَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ عِوَضًا لِلْهِبَةِ وَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ مُفْرَزًا مُمَيَّزًا إِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ؛ سَقَطَ حَقُّ رُجُوعِهِ ، بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ الْعِوَضُ بَعْضَ الْمَوْهُوبِ .

فَإِنْ عَوَّضَهُ الْبَعْضَ عَنِ الْبَاقِي ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِـي الْبَاقِي .

وَإِنْ عَوَّضَ النِّصْفَ ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِـي النِّصْفِ ، وَلَا يَضُرُّ الشُّيُوعُ الْحَاصِلُ بِالرُّجُوعِ (٢) .

* * *

٣٠٤٧ - **والمانع السابع** : العوض فإذا أعطى الموهوب له للواهب بدل هبته امتنع الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام : « **الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها** » (٣) ، أي : ما لم يعوض ؛ ولأن ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصود الواهب وقد زال الخلل ؛

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « (منها) هلاك الموهوب ؛ لأنه لا سبيل إلى الرجوع في قيمته لعدم انعقاد العقد عليها » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩٤/٤) : « وهب دارًا من رجلين بشرط عوض ألف درهم ، ينقلب بيعًا جائزًا بعد التقابض ، كذا في القنية ، ولو عوض عن جميع الهبة قليلًا ، كان العوض ، أو كثيرًا ؛ فإنه يمنع الرجوع ، ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه ؛ فله الرجوع فيما لم يعوض عنه ، وليس له الرجوع فيما عوض ، كذا في شرح الطحاوي » .

(٣) سبق تخريجه .

فصار كما إذا وجد المشتري عيبًا في المبيع ثم زال ، وانظر فيما إذا عوضه غير المطلوب له ؛ فإن هذا التعليل ينتج الرجوع مع أنه لم يفصل في العوض أحد .

٣٠٤٨ - ثم إن العوض ينقسم إلى قسمين ؛ لأنه إما أن يكون مشروطًا في العقد كما إذا قال له : وهبتك هذا الشيء بشرط أن تعوضني كذا ، وإما أن يضاف لها بعد العقد ، **فالأول** : يأتي حكمه في شرح مادة (٥٢٨) .

والثاني : الذي هو موضوعنا الآن : إما أن يكون عوضًا عن كل الهِبة ، أو عن بعضها .

فإن كان مضافًا إلى الكل ، بأن قال بعد تمام عقد الهِبة : خذ هذا عوض هبتك ، أو بدلًا عنها ، أو في مقابلها ؛ امتنع الرجوع في كل الهِبة .

وإن كان العوض مضافًا إلى البعض ، كما إذا قال : خذ هذا عوض نصف هبتك (مثلًا) ؛ كان له حق الرجوع في الباقى ؛ لأن حقه في الرجوع كان ثابتًا في الكل ، فإذا عوضه عن النصف ؛ امتنع الرجوع في حقه وبقى الحق في الباقى على ما كان ، والشيوع الحاصل بالرجوع في هذه الحالة لا يضر ؛ لأنه طارئ بعد تمام عقد الهِبة .

وقد عرفت في شرح مادة (٥٠٦) أن الشيوع الضار هو الشيوع المقارن لعقد الهِبة لا الطارئ عليه ، وهذا إذا كان العوض غير الموهوب .

غفلو كان بعضه بأن وهب له قطعة فأعطاه نصفها مثلًا على أنها عوض عن الكل ؛ لم يمتنع الرجوع في الباقى ؛ لأن حقه كان ثابتًا في الكل ، فإذا وصل إليه بعضه فلا يسقط في الباقي .

وقال زفر : لا رجوع في هذه الحالة ، موجهًا كلامه بأن الموهوب ملك بالقبض ، فالتحق بسائر أموال الواهب ، فكأنه أعطاه شيئًا من غير الموهوب .

(مادة ٥٢٢)

إِذَا اسْتُحِقَّ كُلُّ الْعِوَض ؛ يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي كُلِّ الْهِبَةِ ، إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً، وَلَمْ تَحْصُلْ بِهَا زِيَادَةٌ مَانِعَةٌ مِنْهُ أَوْ مَانِعٌ آخَرُ .

وَإِذَا اسْتُحِقَّتِ الْهِبَةُ ؛ لِلْمُعَوِّض الرُّجُوعُ فِي جَمِيعِ الْعِوَضِ الَّذِي أَدَّاهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا ، وَبِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا وَهُوَ مِثْلِيٌّ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا .

وَإِنْ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهِبَةِ ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ . وَفِي عَكْسِهِ ، لَا يَرْجِعُ مَا لَمْ يَرُدَّ

مَا بَقِيَ مِنَ الْعِوَضِ (١) .

* * *

٣٠٤٩ - فإن سلم كل من العوض والهِبة لكل منهما فبها ، وأما إذا استحق بأن ظهر أن أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن أثبت شخص بالحجة أنه مملوك له قبل تاريخ الإعطاء ؛ فإما أن يكون الاستحقاق واردًا على العوض ، أو على الهِبة ، وعلى كل فإما أن يرد على الكل أو العوض .

فإن ورد على كل العوض ؛ كان للواهب أن يرجع فيما وهب ؛ لأن الهِبة تبقى بلا عوض ، فصار كأن لم يكن عوض أصلًا ، **وإن ورد على كل الهِبة** ؛ كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهِبة ، وهذا إذا كان كل منهما موجودًا وقت الاستحقاق ، فإن كان هالكًا ؛ اختلفا في الحكم ، لأنه إن استحق العوض والهِبة هالكة فلا يرجع الواهب بشيء أصلًا ، لأن هلاك الهِبة مانع من الرجوع ، وكذا لو كان هناك مانع آخر منه .

٣٠٥٠ - وإن استحقت الهِبة والعوض هالك ؛ يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة أن كان قيميًا ، والمثل أن كان مثليًا ؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهِبة ؛ لأن الموضوع أنه قال للواهب: خذ هذا عوض هبتك ، بخلاف الواهب ؛ لأن الموضوع أنه لم يشترط العوض في العقد .

٣٠٥١ - وإن ورد الاستحقاق على بعض الهِبة ؛ فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهِبة ؛ لأنه لم يدفع إليه العوض إلا ليسلم له الموهوب كله ، فإذا فات بعضه ، رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات ، وجميع هذه الصور متفق عليها .

٣٠٥٢ - وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض ؛ ففيه خلاف : فالإمام الأعظم وصاحباه يقولان : لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض ، وقال زفر : يرجع في الهِبة بما يقابل المستحق من العوض .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩٥/٤) : « ولو وهب له هِبة فعوضه عوضًا على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض ؛ فله أن يرجع في الهِبة إن كانت قائمة في ملك الموهوب له ولم تزدد ولم يحدث فيها ما يمنع الرجوع فيها ، كذا في السراج الوهاج ، وإن استحق العوض وقد ازدادت الهِبة ، لم يرجع ، كذا في الخلاصة » .

واستدل بأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهِبة ، فكذلك يرجع الواهب أيضًا ببعض الهِبة عند استحقاق بعض العوض ؛ لأنه حكم المعاوضة ؛ إذ هو يقتضى المساواة .

واستدل غيره بأن العوض ليس يبدل عن الهِبة حقيقة ؛ لأنها حصلت بدون عوض مشروط في عقدها ، فهي مملوكة للموهوب له قبل أن يعوض الواهب شيئًا ، والإنسان لا يعطى بدل ملكه لغيره ، وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع ، وما بقي يصلح لإسقاط الرجوع .

٣٠٥٣ - ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه ، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له ، فإذا لم يسلم له كله ، كان له الخيار إن شاء رضى بما بقي من العوض ، وإن شاء رد الباقي عليه ورجع في الهِبة .

(مادة ٥٢٣)

إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ ، وَضَمِنَ الْمُسْتَحِقُّ الْمَوْهُوبَ لَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِمَا ضَمِنَ (١) .

* * *

٣٠٥٤ - وهذا إذا كانت الهِبة عوض ، فإن كانت بغير عوض واستحقت ، فإما أن يكون الاستحقاق واردًا عليها وهى موجودة تحت يد الموهوب له ، وإما أن يكون بعد هلاكها .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٠٥/٥) : « (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له ؛ لم يرجع على الواهب بما ضمن) ؛ لأنها عقد تبرع ؛ فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهِبة) هنا ؛ لأن قبض المستعير كان لنفسه ، ولا غرور لعدم العقد ، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت الهِبة بشرط العوض المعين فهي هِبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين) » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٨٣/٤ ، ١٨٤) : « أرأيت إن وهبت لرجل طعامًا أو ثيابًا أو إدامًا ، فأتى رجل فاستحق ذلك - وقد أكله الموهوب له أو لبس الثياب فأبلاها - فضمنه المستحق قيمة ما أبلى أو أكل ، أيكون للموهوب له أن يرجع على الواهب بشيء من ذلك ؛ لأنه غره في قول مالك ، قال : إنما يكون للمستحق أن يرجع على الموهوب له في هذه الأشياء أبدا إذا كان الواهب عديمًا لا شيء له ، أو لا يقدر على الواهب ، وأما إذا كان الواهب مليًا يقدر عليه ؛ فلا ضمان على الموهوب له ، وإنما للمستحق أن يضمن ذلك الواهب ، قلت : فإن كان الواهب عديمًا ، فضمن المستحق الموهوب له ، أيكون للموهوب له أن يرجع على الواهب بذلك في قول مالك ؟ ، قال : لا أقوم على حفظ قول مالك في هذا ، ولا أرى ذلك له » .

فإن كان الأول : فلا كلام في أنه لا يرجع على الواهب بشيء ؛ لأنه لم يعوضه شيئًا والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذي لم يدفع شيئًا في مقابلته .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له ، فقالوا : إن للمستحق أن يضمنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب ؛ لأن ملكه هلك وهو تحت يده ، وعندما يأخذ منه البدل لا يكون للموهوب له حق في الرجوع على الواهب بما ضمن ومثله المستعير .

فإذا أعار شخص لغيره شيئًا لينتفع به ويرده إليه فهلك هذا الشيء تحت يده وظهر أنه غير مملوك للمعير ولو بالبينة ؛ فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير ، وليس لهذا حق في أن يأخذ ما دفعه من المعير .

وهذا بخلاف البيع والوديعة والإجارة ، فإن المبيع إذا هلك تحت يد المشتري وظهر أنه غير مملوك للبائع وضمن المستحقُّ المشترى ؛ رجع على البائع بما دفعه إليه .

٣٠٥٥ - ومثل البيع : الإجارة والوديعة .

وقالوا في الفرق : أن الهِبة عقد تبرع والموهوب له غير عامل للواهب ، فلا يستحق السلامة .

٣٠٥٦ - ومثلها العارية بخلاف الوديعة ؛ لأن المودَع ليس عاملًا لنفسه بل لصاحبها . وبخلاف البيع ؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة ؛ فيكون كل واحد منهما ملتزمًا لوصف السلامة بالإقدام على العقد ، فإذا لم يسْلَم له صار مغرورًا من جهته ، فيرجع عليه بما لحقه .

فيكون حاصل ما قالوه : أن المغرور يرجع على الغار بأحد أمرين : الأول : عقد المعاوضة ، الثاني : أن يكون نفع العقد عائدًا على الدافع فقط كالوديعة ، فإن كان عائدًا على الآخذ وحده كالهِبة والعارية ، فلا رجوع ولو كان مغرورًا .

وقال بعضهم : إن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصًّا يرجع على الواهب في هذه الحالة ، وهو ظاهر المراد فياليته أطلق الحكم .

(مادة ٥٢٤)

لَا يَجُوزُ لِلأَبِ أَنْ يُعَوِّضَ عَمَّا وَهَبَ لابْنِهِ الصَّغِيرِ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ .

* * *

٣٠٥٧ – ومن حيث إن العوض الذي هو الموضوع ليس مشروطًا في العقد ؛ فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئًا للواهب في مقابلة هبته ؛ لأنه تبرع وهو لا يملكه .

وينبني على هذا : أن الأب لا يجوز له أن يدفع شيئًا من مال ابنه بدل ما وهب له ، فلو أعطى ضمنه فلو كان من مال نفسه جاز ذلك ؛ لأنه له أن يتصرف فيه بما أراد لمن أراد .

(مادة ٥٢٥)

لَا رُجُوعَ فِي الْهِبَةِ لِلْفَقِيرِ بَعْدَ قَبْضِهَا [1] .

* * *

٣٠٥٨ – ولما كانت الهبة للفقير مجازًا عن الصدقة والصدقة لا رجوع فيها ؛ كانت الهبة له مثلها في ذلك .

(مادة ٥٢٦)

لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي الْهِبَةِ إِلَّا بِتَرَاضِي الْعَاقِدَيْنِ ، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ .

فَإِذَا رَجَعَ الْوَاهِبُ بِأَحَدِهِمَا ؛ كَانَ رُجُوعُهُ إِبْطَالًا لِأَثَرِ الْعَقْدِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، وَإِعَادَةً لِمِلْكِهِ ، فَلَوْ أَخَذَ الْوَاهِبُ الْعَيْنَ الْمَوْهُوبَةَ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوِ الرِّضَا ، فَهَلَكَتْ أَوِ اسْتُهْلِكَتْ ؛ ضَمِنَ قِيمَتَهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَإِذَا طَلَبَها بَعْدَ الْقَضَاءِ ، وَمَنَعَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ ، فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ ، ضَمِنَهَا [2] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩١/٤) : « إذا وهب من الفقير شيئًا لا يملك الرجوع ، وقيل هذا إذا نوى الصدقة ، كذا في السراجية » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٠١/٥ ، ١٠٢) : « (وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) ؛ لأن ملك الموهوب له ثابت في العين ، فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالقضاء ؛ ولأنه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله : وهى وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء ؛ لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي ، فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة ؛ فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير ، فلابد من الفصل بالقضاء أو الرضا ، فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ؛ ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم ، وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع ؛ لأنه أوان القبض ، كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونًا بالاستمرار عليه ، وإن منعه =

٣٠٥٩ - ولما كان الرجوع في الهِبة قبيحًا ومرتكبه دنيئًا ؛ لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده ؛ بل أشرك معه الموهوب له أو من له الولاية عليه إذا امتنع ، ولذا

= بعد القضاء ؛ ضمن لوجود التعدي منه ، ثم إذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخًا من الأصل ، وقال زفر رحمه الله : الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهِبة المبتدأة ؛ لأن المِلك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ، ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث .

ولنا : أن عقد الهِبة انعقد موجبًا حق الفسخ للواهب ، وهو بالفسخ يكون مستوفيًا حقًّا ثابتًا له بالعقد ؛ لأن العقد وقع غير لازم ، فإذا رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية ؛ فيكون فسخًا في حق الكل ، فلا يمكن أن يجعل هِبة مبتدأة ، ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ، ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ؛ لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ، ولهذا لو زال العيب ؛ امتنع الرد لوصول حقه إليه ، لكن إذا لم يكن سليمًا ؛ فات رضاه ، فيرجع بالعوض ، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيًا حقه ؛ فيكون ملكًا مبتدأ ضرورة ، غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخًا لعموم ولايته ، ولا كذلك المتعاقدان ؛ لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما ، وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث ؛ لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره ، وإن أبطله رد عليه كيفما كان استحسانًا ، وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة .

قال رحمه الله : (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) ؛ لأن الهِبة عقد تبرع وهو غير عامل له ، فلا يستحق السلامة ، ولا يثبت به الغرر بخلاف الوديعة ؛ لأن المودع عامل له ، وبخلاف المعاوضات ؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة ، فيكون كل واحد منهما ملتزمًا لوصف السلامة بالإقدام على العقد ، فإذا لم يسلم له ، صار مغرورًا من جهته فيرجع عليه بما لحقه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٩٣/٥) : « والرجوع في الهِبة أن يقول : قد رجعت فيها ، أو ارتجعتها ، أو ارتددتها ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض ؛ لأن ملك الموهوب له مستقر .

ولنا : أنه خيار في فسخ عقد ، فلم يفتقر إلى قضاء ، كالفسخ بخيار الشرط ، فأما إن أخذ ما وهبه لولده ، فإن نوى به الرجوع ، كان رجوعًا ، والقول قوله في نيته ، وإن لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ، وكان ذلك بعد موت الأب ، فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع ، لم يحكم بكونه رجوعًا ؛ لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزيل حكمًا يقينيًا بأمر مشكوك فيه ، وإن اقترنت به قرائن دالة على الرجوع فيه وجهان أحدهما ، يكون رجوعًا ، اختاره ابن عقيل ؛ لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ، ففي الفسخ أولى ؛ ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعًا لدلالته عليه ؛ فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعًا ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له يقينًا ؛ فلا يزول إلا بالصريح ، ويمكن أن ينبى هذا على نفس العقد ، فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه ؛ لم يكتف هاهنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به ؛ فهاهنا أولى ، وإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول ؛ لم يحصل الرجوع ، وجهًا واحدًا ؛ لأنه إثبات المِلك على مال مملوك لغيره ، فلم يحصل بمجرد النية ، كسائر العقود . وإن علق الرجوع بشرط ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهِبة ؛ لم يصح ؛ لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط ، كما لا يقف العقد عليه » .

لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الواهب : رجعت في هبتي ، بل لا بد من أحد أمرين :

الأول : رضا الموهوب له .

الثاني : قضاء القاضي .

والسبب في ذلك : أن ملك الموهوب له ثابت في الموهوب ، فلا يخرج عنه إلا بالرضا أو القضاء ، ولأنه مختلف فيه بين العلماء ، وفي أصله ضعف ، وفي عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء ، إذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي ولم يحصل عليه ؛ فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة ، أو إظهار الجود والسماحة ؛ فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير ، فحينئذٍ لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء .

ويؤخذ من هذا أن القاضي عندما ترفع إليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب ، يبحث عن سبب الهِبة ، وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له .

٣٠٦٠ – فما دام لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي يكون ملك الموهوب له ثابتًا في الموهوب .

وينبني على ذلك ما يأتي :

أولًا : إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ولو بعد المرافعة إلى القاضي ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه ، فليس للواهب نقضه ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له ما لم يحصل واحد منهما .

ثانيًا : لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلكت أو استهلكت ؛ ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر .

ثالثًا : لو طلبها الواهب منه فامتنع من التسليم وهلكت أو استهلكت قبل القضاء ، لم يضمن له شيئًا ، لقيام ملكه ، فهو محق في هذا الامتناع ، ومثل هذا : ما إذا هلكت بعد القضاء ولكن قبل المنع ، لأنه أو أن القبض كان غير مضمون عليه ؛ فلا ينقلب مضمونًا بالاستمرار عليه .

رابعًا : إذا تراضيا على صحة الرجوع أو قُضي به وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه وهلكت ؛ ضمن لثبوت الملك حينئذٍ للواهب ، فيكون متعديًا في هذا المنع ، فيضمن ، ومتى تم الرجوع بأحد هذين الأمرين ؛ كان

فسخًا لعقد الهِبة من الأصل وإعادة لملكه القديم لا هِبة للواهب ، خلافًا لزفر إذا كان بالتراضي .

(مادة ٥٢٧)

إِذَا وَقَعَتِ الْهِبَةُ بِشَرْطِ عِوَضٍ مَعْلُومٍ مُعَيَّنٍ وَقْتَ الْعَقْدِ ؛ فَلَا تَتِمُّ إِلَّا بِالتَّقَابُضِ فِي الْعِوَضَيْنِ ، وَيَبْطُلُ الْعِوَضُ بِالشُّيُوعِ فِيمَا يُقْسَمُ .

فَإِنِ اتَّصَلَ التَّقَابُضُ فِي الْعِوَضَيْنِ ؛ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِكُلٍّ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَصَارَتْ مُعَاوَضَةً تَجْرِي عَلَيْها أَحْكَامُ الْبَيْعِ ؛ فَتُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ ، وَتُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ .

فَإِنْ لَمْ يُوجَدِ التَّقَابُضُ فِي الْعِوَضَيْنِ ، أَوْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ ؛ فَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٠٢/٥) : « (والهِبة بشرط العوض هِبة ابتداء ، فيشترط التقابض في العوضين ، وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء ؛ لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة ، وهِبة الدين لمن عليه إبراء ، وبيع العبد من نفسه إعتاق ، وهِبة المنفعة بالعوض إجارة ، والإعارة بعوض إجارة .

ولنا : أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملًا بالشبهين ، فيكون ابتداؤه معتبرًا بلفظه ، فتجري فيه أحكام الهِبة ، وانتهاؤه معتبرًا بمعناه ، فتجري فيه أحكام البيع كالهِبة في المرض ؛ فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعًا ، ومعناه : معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة ، فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ، ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ، ويوجب الملك عند القبض في الحال ، ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين ؛ لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها ، وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما ؛ لأن حكم البيع قد يكون متراخيًا باشتراط الخيار لأحدهما ، وفي البيع الفاسد ، فيكون موافقًا لحكم الهِبة من حيث تأخيره إلى القبض ، والهِبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها ، فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين ، فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ، ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض ؛ لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأنه تبرع ابتداء ، وهو لا يملك التبرع بماله ، وقال محمد ﷺ : يجوز ؛ لأنه بيع انتهاء على ما بينا » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٥٥/٤) : « (وجاز) للواهب (شرط الثواب) على هبته : أي العوض عليها ، وتسمى هِبة ثواب ، وسواء عين الثواب أم لا ، (ولزم) الثواب (بتعيينه) إذا قبل الموهوب له ؛ فيلزمه دفع ما عين كمائة دينار أو هذا الثوب أو الدابة ، والمراد التعيين ولو بالوصف كثوب صفته كذا » .

٣٠٦١ - وقد تقدم لك في شرح مادة (٥٢٢) ، أن العوض إما أن يكون بعد عقد الهِبة ، وإما أن يكون مشروطًا فيه .

فالأول : تقدم في شرح المادة المذكورة .

وأما الثاني : بأن قال شخص لآخر : وهبت لك كذا بشرط أن تعوضني بيتك الفلاني (مثلًا) ، ففيه خلاف ؛ فالإمام الأعظم وصاحباه يقولون : إن هذا العقد هِبة ابتداء بيع انتهاء .

وينبني عليه : أن هذا العقد يشترط فيه ابتداء ما يشترط في الهِبة ، فلا يتم إلا بالتقابض في العوضين ، ويبطل أحدهما بالشيوع إذا كان فيما يحتمل القسمة ، فإذا تم القبض الكامل ؛ ثبت الملك لكل من المتعاقدين فيترتب على كل منهما حكم البيع وتجري عليه أحكامه فيرد كل منهما بالعيب وخيار الرؤية ، وإذا كان أحدهما عقارًا أو كل منهما ، ثبتت فيه الشفعة .

٣٠٦٢ - وقال زفر والإمام الشافعي : إن هذا العقد بيع ابتداء وانتهاء ، فلا يشترط فيه شيء من شروط الهِبة .

ووجها قولهما : بأن المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ ؛ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة ، وهِبة الدين لمن عليه إبراء ، وهِبة المنفعة بعوض إجارة ، والإعارة بعوض إجارة .

واستدل الإمام وصاحباه : بأن هذا العقد اشتمل على جهتين ، فيجمع بينهما ما أمكن عملًا بالشبهين ، فيكون ابتداؤه معتبرًا بلفظه ، فتجري فيه أحكام الهِبة ، وانتهاؤه معتبرًا بمعناه ؛ فتجري فيه أحكام البيع ، ولا تنافي بين حكميهما ؛ لأن حكم البيع قد يكون متراخيًا في اشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد ، فيكون موافقًا لحكم الهِبة من حيث تأخيره إلى القبض ، والهِبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها ، فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن ؛ للتضاد بين الحكمين ، فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى .

ولا يخفى من تقرير الدليلين أن مذهب الإمام الشافعي وزفر ظاهر المراد .

(مادة ٥٢٨)

الصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ لَا تُمْلَكُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا وَلَوْ كَانَتْ لِغَنِيٍّ (١) .

* * *

٣٠٦٣ - والصدقة كالهِبة فشروطهما واحدة ، فلا تتم إلا بالقبض ، ويشترط فيها : أن تكون في محوز ، أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة ، لا فيما يحتملها إلا بالإفراز والتسليم ؛ لأنها تبرع كالهِبة ، فيلزمها ما لزم الهِبة ؛ ولكنها تفارقها في عدم صحة الرجوع ؛ لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، سواء كانت لفقير أو لغني . وبعضهم يقول : الصدقة على الغني والهِبة له ، سواء ؛ لأنه يقصد به العوض دون الثواب كالهِبة للفقير فإنها صدقة ؛ لأنه لا يقصد بها العوض بل الثواب وهو الظاهر .

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٦٧/٢) : « (والصدقة كالهِبة) ؛ لأنها تبرع مثلها ، فإذا كان كذلك (لا تصح) الصدقة (بدون القبض) بل لا بد من كونها مقبوضة كالهِبة (ولا) تصح في مشاع (يقسم) أن يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الإمام خلافًا لهما على ما تقدم في الهِبة (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة بعد القبض ؛ لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، (ولو) كانت الصدقة (لغني) استحسانًا ؛ لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله ، وفي الخانية : ولو اختلفا فقال الواهب : كانت هِبة ، وقال الموهوب له : صدقة ؛ فالقول للواهب ، وفي العناية في هذا المحل كلام ، وفي حاشيته للمولى سعدي جواب فليطالع » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/) : « والرجوع في الصدقة كالهِبة » .

الباب الرابع
في الوصايا

الفصل الأول
في حد الوصية وشرائطها
ومَن هو أهْلٌ لها

(مادة ٥٢٩)

الْوَصِيَّةُ : تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ (١) .

* * *

٣٠٦٤ - العقد وإن كانت أقسامه كثيرة ، إلا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا إلى قسمين :

القسم الأول : ما يفيد حكمه حال الحياة .

الثاني : ما يفيده بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصى) .

والموضوع الآن هو القسم الثاني وهو الوصية ، ومن حيث إن كل عقد لابد له من تعريف وأركان وشروط ، فالوصية تحتاج إلى ذلك وإليك بيانها :

تعريف الوصية :

٣٠٦٥ - **الوصية في اللغة** : اسم مصدر بمعنى : التوصية ، ومنه قوله تعالى : ﴿ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ﴾ (٢) . وقد تطلق على الشيء الموصى به كقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٤٥٨/٨) تعريف الأحناف للوصية بما لا يخرج عن ذلك .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٩/٣) : « الوصية شرعًا : تبرع بحق مضاف ولو تقديرًا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكمًا كالتبرع المنجز في مرض الموت أو الملتحق به » .

قول المالكية : جاء في شرح حدود ابن عرفة للرصاع (ص ٥٢٨) : « الوصية في عُرف الفقهاء : عقد يوجب حقًّا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٣٣٥/٤) : « الوصية شرعًا : الأمر بالتصرف بعد الموت » .

(٢) المائدة : ١٠٦ .

يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ ﴾ (١) .

ومعناها في اصطلاح الفقهاء : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان الموصى به عينًا أو منفعة ؛ إذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع ، والقياس يأبَى جواز الوصية ، والاستحسان يجوزها ؛ لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة ، مع أن الشخص لو أضاف التمليك إلى حال عدم الملك بأن قال لغيره : ملكتك هذا الشيء . وليس له كان باطلًا عند الفقهاء ، فتكون الوصية أولى بهذا الحكم . لكن الشارع أجازها استحسانًا لحاجة الناس إليها ؛ إذ الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله .

فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك احتاج إلى تدارك ما فاته من التقصير ، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه في حاجته ، فشرعها الشارع تمكينًا من العمل الصالح وقضاءً للحاجة عند الاحتياج إلى تحصيل المصالح ، وقد يبقَى المِلك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدَّيْن . ومثل الوصية في هذا المعنى الإجارة ؛ مع ما فيها من إضافة تمليك المنافع في الزمن المستقبل ولكن الشارع أجازها للضرورة (٢) .

---

(١) النساء : ١١ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : (١) : تعريف الوصية وركنها وشرائطها الوصية تصرف فى التركة مضاف الى ما بعد الموت .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٠٧) : الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢٢) الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي .

أركان الوصية

(مادة ٥٣٠)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ كَوْنُ الْمُوصِي : حُرًّا ، بَالِغًا ، عَاقِلًا ، مُخْتَارًا ، أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ . وَالْمُوصَى لَهُ : حَيًّا تَحْقِيقًا أَوْ تَقْدِيرًا ، وَالْمُوصَى بِهِ قَابِلًا لِلتَّمْلِيكِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي . فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ وَلَوْ مُرَاهِقًا أَوْ مَأْذُونًا ، لَا تَنْجِيزًا وَلَا تَعْلِيقًا بِالْبُلُوغِ ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ فِي أَمْرِ تَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٤/٧ ، ٣٣٥) : « (وأما) الذي يرجع إلى الموصي فأنواع : منها : أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال ، وما يتعلق به ؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته ، فلا بد من أهلية التبرع ، فلا تصح من الصبي ، والمجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة ؛ إذ لا يقابله عِوض دنيوي ، وهذا عندنا . وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة ، واحتج بما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه أجاز ، وصية غلام يافع ، وهو الذي قرب إدراكه ؛ ولأن في وصيته نظرًا له ؛ لأنه يثاب عليه ، ولو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب ؛ لأنه يزول عنه جبرًا شاء ، أو أبىَ ، فكان هذا تصرفًا نافعًا في حقه ؛ فأشبه صلاة التطوع ، وصوم التطوع ، **والجواب** : إما إجازة سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه ، وتكفينه ، ودفنه . ووصية الصبي في مثله جائزة – عندنا – لأنه يثبت من غير وصية (وأما) قوله : « يحصل له عوض » ، وهو الثواب فمسلم ، لكنه ليس بعوض دنيوي ، فلا يملكه الصبي كالصدقة مع ما أن هذا في حد التعارض ؛ لأنه كما يثاب على الوصية يُثاب على الترك للوارث ، بل هو أولى في بعض الأحوال لما بينا فيما تقدم . وسواء مات قبل الإدراك أو بعده ؛ لأنها ، وقعت باطلة ، فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك إلا بالاستئناف ، وسواء كان الصبي مأذونًا في التجارة ، أو محجورًا ؛ لأن الوصية ليست من باب التجارة ؛ إذ التجارة معاوضة المال بالمال ، ولو أضاف الوصية إلى ما بعد الإدراك بأن قال : إذا أدركت ، ثم مت فثُلث مالي لفلان لم يصح ؛ لأن عبارته لم تقع صحيحة ، فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت . ولا تصح وصية العبد المأذون ، والمكاتب ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع ، ولو أوصيا ، ثم أعتقا وملكا مالًا ، ثم ماتا ؛ لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ، ولو أضاف أحدهما الوصية إلى ما بعد العِتق بأن قال : إذا أعتقت ، ثم مت فثُلث مالي لفلان : صح فرقًا بين العبد ، والصبي .

وجه الفرق : أن عبارة الصبي فيما يتضرر به مُلحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الأصل ، بل بطلت . والباطل لا حكم له بل هو ذاهب مُتلاش في حق الحكم ، فأما عبارة العبد : فصحيحة لصدورها عن عقل مميز إلا أن امتناع تبرعه لحق المولَى فإذا عتق فقد زال المانع .

ومنها : رِضا الموصِي ؛ لأنها إيجاب مِلك ، أو ما يتعلق بالمِلك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر =

....

= الأشياء ؛ فلا تصح ، وصية الهازِل ، والمكره ، والخاطئ ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا . وأما إسلام الموصِي فليس بشرط لصحة وصيته ، فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم ، والذمي في الجملة ؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك ، ألا ترى أنه يصح بيع الكافر ، وهبته ؟ فكذا وصيته ، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم ، أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا ، غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه ؛ لأنه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الإسلام ، أو ألزمه من غير التزامه لإمكان إجراء الإحكام عليه ما دام في دار الإسلام ، **ومن أحكام الإسلام** : أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه . وإن لم يكن له وارث أصلًا : تصح من جميع المال ، كما في المسلم ، والذمي . وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب ؛ لأن امتناع الزيادة على الثُلث لحق الورثة . وحقهم غير معصوم ؛ لأنه لا عِصمة لأنفسهم ، وأموالهم ، فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عِصْمة أولى . وذكر في الأصل : ولو أوصى الحربي في دار الحرب بوصية ، ثم أسلم أهل الدّار ، أو صاروا ذمة ، ثم اختصموا إلينا في تلك الوصية ، فإن كانت قائمة بعينها أجزتها ، وإن كانت قد استهلكت قبل الإسلام أبطلتها ؛ لأن الحربي من أهل التمليك . فكانت وصيته جائزة في نفسها إلا أنه ليس لنا ولاية إجراء أحكام الإسلام ، وتنفيذها في دارهم ، فإذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ ، فننفذها ما دام الموصَى به قائمًا ، فأما إذا صار مستهلكًا ؛ أبطلنا الوصية ، وألحقناها بالعدم ؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا ، أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض . وبما اغتصب بعضهم من بعض ، بل يبطل ذلك كذا هذا .

ومنها : أن لا يكون على الموصِي دين مستغرق لتركته ، فإن كان لا تصح وصيته ؛ لأن اللّه - تبارك وتعالى - قَدَّم الدين على الوصية ، والميراث لقوله - تبارك وتعالى - في آية المواريث : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ و ﴿ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ ﴾ ، و ﴿ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ ﴾ ، ولما روي عن سيدنا علي رضي اللّه تعالى عنه أنه قال : إنكم تقرأون الوصية قبل الديْن ، وقد شهدت رسول اللّه ﷺ بدأ بالديْن قبل الوصية . أشار سيدنا علي ﷺ إلى أن الترتيب في الذِّكر لا يوجب الترتيب في الحكم . وروي أنه قيل لابن عباس ﷺ : إنك تأمر بالعمرة قبل الحج ، وقد بدأ اللّه تبارك وتعالى بالحَج ، فقال تبارك وتعالى : ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِۚ ﴾ فقال ﷺ : كيف تقرءون آية الديْن ؟ فقالوا : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ ، فقال : وبماذا تبدءون ؟ قالوا : بالديْن ، قال ﷺ : هو ذاك ؛ ولأن الديْن واجب ، والوصية تبرع ، والواجب مُقدم على التبرع ، ومعنى تقدم الديْن على الوصية والميراث : أنه يُقضَى الديْن أولًا ، فإن فضل منه شيء يصرف إلى الوصية والميراث ، وإلا فلا .

(وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث : فليس معناه أن يخرج الثلث ، ويعزل عن التركة ، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له ، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة ؛ لأن التركة بعد قضاء الديْن تكون بين الورثة وبين الموصَى له على الشركة والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كأنه واحد من الورثة لا يستحق الموصَى له من الثلث شيئًا قَل أو كَثُر إلا ويستحق منه الورثة ثُلثيه ، ويكون فرضهما معًا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصَى له والورثة جميعًا ، ولا يُعطَى الموصَى له كل الثلث من الباقي ؛ بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى على الحقين ، كما إذا هلك شيء من المواريث بعد الوصايا ، بخلاف الديْن ؛ فإنه إذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفَى كل الديْن من الباقي ، وإنما معناه أنه يحسب قدر =

....

= الوصية من جملة التركة ، أولًا ؛ لتظهر سهام الورثة ، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض . **أولًا** ليظهر الفاضل للعصبة ، ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا ﴾ أي سوى ما لكم أن توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٩/٣ ، ٣٠) : « الموصي وشرطه التكليف ، والحرية ، والاختيار ؛ لأن الوصية تبرع (فتصح من سفيه) ولو محجورًا عليه لصحة عبارته (لا) من غير مكلف إلا السكران ولا من مكره و (عبد مُكاتب) لم يأذن له سيده (ولو مات حُرًّا) لأنهم ليسوا أهلًا للتبرع . (وتصح من الكافر) ولو حربيًّا كما صرح به الماوردي (كالمسلم) فيوصِي بما يتمول أو يُقتنَى ، لا بخمر وخنزير ونحوهما سواء أوصَى لمسلم أو لذمي ، قال الأذرعي : ومُقتضَى إطلاقه – يعني النووي في الروضة – صحة وصية المرتد ، وإن مات أو قتل كافرًا ، وليس كذلك ؛ بناء على أن ملكه موقوف أو زائل ، قلت : بل هو كذلك على قول الوقف كما ذكره النووي كغيره في باب الرِّدة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٨٠/٤ ، ٥٨١) : « (ورُكنها) : الذي تتوقف عليه . (موص : وهو الحر) : فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته . (المالك) للموصَى به ملكًا تامًّا . فمستغرق الذمة وغير المالك للموصى به لا تصح وصيتهما . وليس المراد مالِك أمر نفسه بدليل ما بعد . (المميز) : لا مجنون وسكران وصبي لا تمييز عندهم حال الإيصاء . وتصح من السكران المميز ، ومن الحر المالِك : (وإن سفيهًا وصغيرًا) : مميزًا ؛ لأن الحَجر عليهما لحق أنفسهما ، فلو منعا منها لكان الحَجْر عليهما لحق غيرهما . (أو) إن كان (كافرًا) : فتصح وصيته ما لم يُوص لمسلم بنحو خمر . وموصى به : وهو ما ملك أو استحق ؛ كولاية في قرية ، غير زائد على ثُلثه . (وموصى له : وهو ما صح تملكه) للموصى به (وإن) كان الموصى له (كمسجد) ورباط وقنطرة (وصرف) الموصى به (في مصالحه) : من مرمة وحصر وزيت وما زاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم ، احتاجوا أم لا . كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٨٥/٧ ، ١٨٦) : « (وتصح من البالغ الرشيد ، عدلًا كان أو فاسقًا ، رجلًا أو امرأة ، مسلمًا أو كافرًا) . هذا صحيح بلا نزاع في الجملة . والمكاتب والمُدبر وأم الولد كالقن . وشمل كلامه أيضًا : المحجور عليه لفلس . فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله ؛ لأنه قد يتحول ما بقي من الدين . فلا يتعين المال الأول إذن للغرماء . وإن مات قبل ذلك لغت الوصية . قال في الكافي وغيره : هذا إذا لم يعاين الموت . فأما إذا عاين الموت : لم تصح وصيته ؛ لأن الوصية قول . ولا قول له وتصح وصية المسلم بلا نزاع . وكذا تصح وصية الكافِر مُطلقًا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به في الفروع ، وغيره . وقيل : لا تصح من مُرتد . والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن . فلو قال : متى عتقت ثم مت فثُلثي لفلان : نفذ . نقله الحارثي . (ومن السفيه في أصح الوجهين) . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

والوجه الثاني : لا تصح منه . حكاه أبو الخطاب . وذكر المجد في شرحه : أنه المنصوص . قلت : وهو ضعيف . ومحل الخلاف : فيما إذا أوصَى بمال . أما وصيته على أولاده : فلا تصح قولًا واحدًا ؛ لأنه لا يملك =

٣٠٦٦ - أركان كل عقد اثنان وهما : الإيجاب ، والقبول ، ومن حيث إن الوصية عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط في الإيجاب لكل عقد ألفاظ مخصوصة ؛ إذ الغرض الإتيان بما يدل على تعين العقد .

وينبني على ذلك : أنه إذا قال شخص : أوصيت لفلان بثلث مالي ، أو وهبته له بعد وفاتي ، أو ملكته له بعدها . وما يُماثِل هذه الألفاظ ؛ كان كل ذلك وصية ؛ لأن أوصيت صريح فيها ولذا لا يحتاج فيه إلى التصريح بما بعد الموت وملكت .

٣٠٦٧ - وإن كان مُحتملًا لها ولغيرها مثل البيْع والهِبة ، إلا أن التقييد بما بعد الوفاة يَنفي غيرها ومثله الهِبة ولا يكون القبول معولًا عليه في كل العقود ، إلا إذا صدر في المجلس الذي حصل فيه الإيجاب ولو حُكمًا ؛ إلا عقد الوصية ؛ فإنه لا يعول على القبول فيها إلا إذا صدر من الموصَى له بعد موت الموصَى .

ولذا لو قبل حال حياته ثم ردها بعد وفاته ؛ صح هذا الرد ، والسبب في ذلك : أن التملك في الوصية لا يكون إلا بعد وفاة الموصَى ، فلا يعتد بالقبول إلا إذا صدر في هذا الوقت ، وسيأتي هذا المبحث في شرح مادة (٥٤١) .

= التصرف بنفسه . فوصيته أحق وأولى . وظاهر كلام كثير من الأصحاب في باب الموصَى إليه صحة وصيته بذلك . وهو أولى بالصحة من الوصية بالمال .

والظاهر : أن الذي حداه إلى ذلك : تعليل الأصحاب بكونه محجورًا عليه في تصرفاته ، أو لكونه محتاجًا إلى الثواب ، وتصرفه في هذه محض مصلحة من غير ضرر ؛ لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء . ولا يلزم من ذلك أن الوصية على أولاده لا تصح . اللَّهم إلا أن يكون في المسألة نقل خاص . قوله : (ومن الصبي العاقل إذا جاوز العشر) . صحت وصيته . على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية الجماعة ، وعليه الأصحاب . حتى قال أبو بكر : لا يختلف المذهب : أن من له عشر سنين تصح وصيته . انتهى . وعنه : تصح إذا بلغ اثني عشرة سنة . نقلها ابن المنذر .

ونقل الأثرم : لا تصح من ابن اثني عشرة سنة . وقيل : لا تصح حتى يَبلُغ . وهو احتمال في الكافي قوله : (ولا تصح ممن له دون السبع) يعني : ممن لم يميز ، على ما تقدم في كتاب الصلاة . (وفيما بينهما روايتان) يعني : فيما بين السبع والعشر . إحداهما : لا تصح . وهو ظاهر كلام الخرقي ، وصاحب الوجيز . وصححه في التصحيح . قال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون عشر ، ولا إجازته . قولًا واحدًا . وقال في القواعد الأصولية : هذا هو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . قال الحارثي : هذا الأشهر عنه . والرواية الثانية : تصح . وهو المذهب . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبي إذا عقل . قال الحارثي : لم أجد هذه منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله ، وقيل : تصح وصية بنت تسع ، وقيل : تصح لسبع منهما ، قوله : (وفي السكران وجهان) . أحدهما : لا تصح ، وهو الصحيح من المذهب ، والوجه الثاني : تصح وصِيته .

شروط الوصية

٣٠٦٨ - من المعلوم أنه لا يتأتىَ وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه، وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مُستوفيًا جميع ما يلزم له .

٣٠٦٩ - **فشروط الوصية أنواع : منها** : ما يرجع إلى الموصى . **ومنها** : ما يرجع إلى الموصى له . **ومنها** : ما يرجع إلى الموصى به .

٣٠٧٠ - **فالشروط التي ترجع إلى نفس الموصي** : هي أن يكون أهلًا للتبرع ، ولا يكون كذلك إلا إذا كان حُرًا عاقلًا بالغًا مختارًا ؛ لأن الرقيق لا يملك شيئًا ، فلا يتأتى أن يملك وعبارة المجنون غير صحيحة ؛ إذ صحة العبارة تنبني على التمييز وهو غير مُميز .

ولأن البلوغ شرط في صحة عقود التبرعات ؛ لأن الصغير إن كان غير مميز ، فهو كالمجنون ، وإن كان مميزًا ؛ فالوصية من العقود الضارة ، وهي لا تصح منه .

٣٠٧١ - واشترط الاختيار ؛ لأن المكره مضطر فهو يفعل المكره عليه بغير إرادته ، ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الإكراه.

٣٠٧٢ - ووصية الصغير لا تصح ولو كان مراهقًا ، أي : قريبًا من البلوغ - وسواء كان محجورًا عليه أو مأذونًا له في التجارة ، لأنه لا يملك التبرعات مُطلقًا ، وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال : أوصيت لفلان بُربع مالي ، أو معلقة على بلوغه بأن قال : إن بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالى ، ولكن تصح وصايا الصغير المميز إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مُراعاة المصلحة .

٣٠٧٣ - **وأما ما يرجع إلى الموصى له من الشروط** : فهو أن يكون حيًا وقت الوصية ، سواء كانت حياته محققة وهي ظاهرة أو مقدرة كما في الحمل ، فإن الوصية له صحيحة بالشروط الآتية في شرح مادة (٥٣٨) .

ويظهر أن محل اشتراط هذا الشرط إذا كان الموصى له معينًا بأن قال : أوصيت لفلان ابن فلان . وليس لفلان ابن مُسمى بهذا الاسم .

٣٠٧٤ - أما إذا كان الموصَى له غير معين ؛ فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم : الموصى له إذا كان معينًا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى ، ومتى كان غير معين تعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى .

وينبني على ذلك : أنه لو أوصى بثلث ماله لبني فلان ولم يسمهم ولم يشر إليهم ؛

فالوصية لبنيه الموجودين وقت موت الموصى ، سواء كانوا موجودين وقت الوصية أوْ لَا ، لأنهم غير معينين ، فتعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى .

وإن سماهمْ أو أشار إليهم ؛ فالوصية للموجودين خاصة ، ولذا لو ماتوا قبل موت الموصي بطلت الوصية ، ولو كان لفلان غيرهم ؛ لأن الموصى له معين ، فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية .

٣٠٧٥ - وأما ما يرجع إلى الموصى به من الشروط : فهو أن يكون قابلًا للتمليك بعد موت الموصى بعقد من العقود ، سواء كان مالًا أو منفعة ، وسواء كان موجودًا في الحال أو معدومًا ، إلا أنه يشترط في المعدوم أن يكون قابلًا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصى ، ولهذا لو أوصى بما تثمر نخيله في هذا العام أو أبدًا صحت الوصية .

وإن كان الموصى به معدومًا وقتها ؛ لأنه يقبل التمليك حال حياة الوصي بعقد المعاملة ، ولو أوصى بما تلد أغنامه ؛ لم تصح استحسانًا ؛ لأن الموصى به لا يقبل التمليك بعقد من العقود .

٣٠٧٦ - وأما وجود الموصى به وقت الوصية ، فليس بشرط إذا كان الموصى به غير معين عينًا أو نوعًا ، فلو كان كذلك اشترط وجوده .

وينبني على ذلك : أنه إذا قال : أوصيت بثُلث مالي لفلان ؛ استحق الموصى له ثُلث جميع مال الموصى عند وفاته ، سواء كان مملوكًا له وقت الوصية أو ملكه بعدها ، وإذا قال : أوصيت لفلان بثُلث غنمي وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته ؛ بطلت الوصية ، ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود فتبطل بهلاكه [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢١١) : ١ - يشترط في الموصي أن يكون أهلًا للتبرع قانونًا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢٨) أركان الوصية : الصيغة ، الموصي ، الموصى له ، الموصى به .

الفرع الأول : الصيغة المادة (٢٢٩) تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزًا عنهما فبالإشارة المفهومة .

الفرع الثاني : الموصي المادة (٢٣٠) أ - يشترط في الموصي أن يكون عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع .

ب - إذا كان الموصِي مَحْجُورًا عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته في وجوه الخير بإذن من المحكمة أو إجازتها .

الفرع الثالث : الموصى له المادة (٢٣١) يشترط في الموصى له :

أ - أن يكون ممن يصح تملكه شرعًا . ب - أن يكون معلومًا .

=

(مادة ٥٣١)

وَصَايَا الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ جَائِزَةٌ فِي سُبُلِ الْخَيْرِ (١) .

* * *

= ج - أن يكون موجودًا عند الوصية حقيقةً أو حُكْمًا إذا كان معينًا فإن لم يكن معينًا فلا يشترط أن يكون موجودًا عند الوصية ولا وقت موت الموصِي .

د - ألا يكون قاتلًا للموصي .

الفرع الرابع : الموصَى به المادة (٢٤٤) يشترط في الموصى به أن يكون مِلْكًا للموصِي ومحله مشروعًا .

المادة (٢٤٥) أ - يكون الموصَى به شائعًا أو معينًا .

ب - يشمل الموصَى به الشائع جميع أموال الموصِي الحاضرة والمستقبلة .

المادة (٢٤٦) مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٢٤) تنفذ الوصية بحصة شائعة إذا كان ذلك في حدود ثُلث التركة .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٩/٥ ، ٦٠) : « ولو أوصى بوصيته إن كانت موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو شيء من الأبواب التي يتقرب بها إلى اللَّه تعالى ؛ يجوز استحسانًا ، ويُنفذ من ثُلث ماله ، وإن كانت مخالفة لوصايا أهل الخير والصلاح ؛ لا يجب تنفيذها ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٩/٢ ، ٢١٠) : « (ولا يصح من السفيه المحْجُور عليه) شرعًا أو حِسًّا (عقد مالي) كالبيع والشراء ولو بغبطة أو في الذمة والإعتاق والكتابة (ولو بإذن الولِي أو الموكل وتقدير) وفي نسخة أو بتقدير (العِوض) وفي أخرى ، ولو قدر العِوض ؛ لأن تصحيحها يؤدي إلى إبطال معنى الحَجْر ؛ ولأنها إتلاف أو مظنة الإتلاف ، بخلاف الاحتطاب ونحوه والطلاق ، والخُلع ، والظهار ، ونحوها كما سيأتي (ويصح قبوله الهِبة) لأنه ليس بتفويت بل تحصيل (لا) قبوله (الوصية) ؛ لأنه تصرف مالي وهذا ما اقتضاه كلام الأصل لكن الذي جزم به الماوردي والرُوياني والجرجاني الصحة أيضًا ، وقال الإمام : إنه الذي عليه الأكثرون واختاره السبكي والإسنوي ولي بهما أُسوة ، وعليه قال الماوردي : لا يجوز تسليم الموهوب والموصَى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب ؛ لأنه ملك الموصَى به بقبوله بخلاف الموهوب وبحث في المطلب جواز تسليم الموهوب إليه إذا كان ثم من ينتزعه منه عقب تسلمه من ولي أو حاكم .

ويصح تدبيره ووصيته وقبضه دينَه بإذن وليه كما سيأتي في الخُلع ، وعقده الجزية بدينار ، وصلحه من قود لزمه على شيء ، ولو أكثر من الدية صيانة للروح ، وتوكيله في قبول النكاح دون إيجابه ، ونكاحه بإذن وليه ؛ لأن المال فيه تبع وسيأتي بيانها في محالها ، قال الإمام : ولو امتنع الولي وعسرت مراجعته في المطاعم ونحوها وانتهى إلى الضرورة ، فالوجه عندي القطع بجواز تصرفه بحسبها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٩٤/٥ ، ٢٩٥) : « ولما كان الحَجْر عليه في حياته لحق نفسه وكانت =

....

= الوصية في ماله بخلاف ذلك فهي جائزة ، ولا حجر عليه فيها ؛ لأنها خارجة من ثُلثه بعد موته فساوىَ فيها البالغ أشار إلى ذلك بقوله : وصحت وصيته ، أي : وصحت وصية الصغير المميز ، أي : وجازت أيضًا وإنما اقتصر على الصحة لأجل الشرط المذكور .
وقوله : كالسفيه تشبيه فيما قبله فقط وهو صحة وصيته ويحتمل أن يكون تشبيهًا تامًّا في الأحكام السابقة من قوله : وللولي رد تصرف مميز إلى هنا إن أراد بالمميز الصبي ، أي : وللولي رد تصرف السفيه وله إن رشد إلخ وهذا أولى ، وأما قوله : إن لم يخلط فهو شرط في المميز ، والسفيه ، والمعنى أن صحة الوصية منهما ما لم يحصل تخليط أما إن حصل فإن وصيتهما لا تصح وفسر اللخمي التخليط بالإيصاء بما ليس قُربة وأبو عمران بأن لا يعرف ما ابتدأ به وقد أشار إلى هذا المؤلف في باب الوصية بقوله : وهل إن لم يتناقض ، أو إن أوصى بقربة تأويلان إلى حفظ مال ذي الأب بعده يعني أن الحجر لا يزال منسحبًا على الصبي إلى بلوغه رشيدًا وهو المراد بحفظ المال ومعناه أن يكون بعد بلوغه حسن التصرف ، وحيئنذٍ ينفك عنه حجر أبيه ولو لم يفكه أبوه عنه بخلاف الوصي ومقدم القاضي فإنه لا بد أن يَفُكا عنه الحجر بعد بلوغه رشيدًا وإلى هذا أشار بقوله : وفك وصي ، أو مقدم ، أي : من قدمه القاضي ، أي : مع حفظ ماله ، ولا يحتاج الأمر في فكهما الحجر عنه إلى إذن القاضي وإنما كان الوصي هنا أقوى من الأب وهو فرعه ؛ لأن الأب لما أدخل الابن في ولاية الوصي صار بمنزلة ما لو حجر عليه ، أي : بعد بلوغه رشيدًا ؛ وهو إذا حجر عليه لم يخرج إلا بإطلاقه ، ولو مات الوصِي قبل الفك ؛ تصير أفعاله بعد ذلك على الحجر ، ولا بد من فك الحاكم ، ولا يقال : صار مهملًا ، ولا يتأتى الخلاف الآتي بين ابن القاسم ومالك ؛ لأنه محجور عليه ، وفي كلام المؤلف من قوله : إلى حفظ مال ذي الأب إلخ إشعار بأن اليتيم المهمل يخرج من الحجر بالبلوغ إلا كدرهم لعيشه هذا مستثنى من قوله : وللولي رد تصرف مميز يعني أن الولي له أن يحجر على الصغير ، والسفيه ، ويرد تصرف كل إذا كان ذلك في شيء له قدر وبال ، وأما الشيء التافه مثل درهم يشتري به شيئًا يأكله كالخبز ، والبقل وما أشبه ذلك فإن وليه لا يحجر عليه في ذلك ، وأما زوجة المحجور فهي التي تقبض نفقتها ، وأخذ ابن الهندي من قوله : مثل الدرهم يبتاع به لحما أن الوصِي لا يدفع له غير نفقته .
وقال ابن العطار : يدفع له نفقته ونفقة رقيقه وأمهات أولاده ، ثم أخرج ما يخص السفيه البالغ بالعطف على تصرف بعد أن أخرج ما يعمه بأداة الاستثناء ، فقال لإطلاقه واستلحاق نسبه ونفيه وعتق مستولدته وقصاص ونفيه وإقرار بعقوبة ، والمعنى : أن المميز البالغ الذي لم يعلم رُشده إذا طلق زوجته ليس لوليه أن يرد ذلك على المذهب سواء كان الطلاق على وجه الخُلع أم لا ، وكذلك يلزمه استلحاق النسب بشرطه الآتي في بابه ، وكذلك إذا نفى نسبه بلعان في الزوجة ، أو بغيره في حمل الأمة فليس لوليه أن يعارضه وإن كان في الاستلحاق إثبات وارث وإتلاف مال ؛ لأن ذلك بعد موته ، وكذلك إذا أعتق مستولدته ؛ فإنه يلزمه وليس لوليه كلام على المشهور إذ لم يبق له فيها غير الاستمتاع ويسير الخدمة ، والنفقة أكثر من ذلك ويتبعها مالها ولو كثر على الراجح وقيل بقيد القلة وعليه مشى المؤلف في باب الفلس ، حيث قال : وتبعها مالها إن قل وقيل لا يتبعها مالها مطلقًا ، والأول قول مالك في رواية أشهب ، والثاني قول أصبغ ، والثالث رواية يحيى عن ابن القاسم وكذلك تلزمه جناياته على غيره من نفس ، أو جرح ، أو قذف ؛ وكذلك يلزمه إذا عفا عمن جَنى =

٣٠٧٧ - ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي غير محجور عليه لسفه ، بل لو كان كذلك صحت وصيته إذا كانت في سبل الخير ، ولكن لا تنفذ وصاياه من كل المال بل من الثلث إن كان له وارث ولم يجز الوصايا ، فإن لم يكن أو كان وأجازها ؛ نفذت من كل المال .

٣٠٧٨ - وصحة وصايا السفيه مأخوذ فيها بالاستحسان ، أما القياس فيأبى صحتها ؛ لأن الوصية تبرع وإن كان التمليك لا يكون إلا بعد الوفاة .

ووجه الاستحسان : أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كُلًّا على غيره ، وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من

= عليه ، أو على وليه من عبد ونحوه جناية عمدًا إذا ليس فيها إلا العفو مجانًا على مذهب ابن القاسم وهو المشهور ، وكذلك يلزمه ما أقرَّ به من عقوبة في بدنه بأن قال : مثلًا قطعت يد زيد ، ولا خلاف أنه لا يصح عفوه عن جراح الخطأ ؛ لأنها مال فإن أدى جرحه إلى إتلاف نفسه وعفا عن ذلك عند موته كان في ثُلثه كالوصايا وما في معنى الخطأ من عمد لا قصاص فيه كالجائفة كالخطأ وقد استفيد مما قررنا أن هذه المسائل في السفيه البالغ ، ولا يتصور حصولها من الصغير فجعل الشارح هذه المسائل في غير البالغ سبق قلم » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤/٣٠٥ ، ٣٠٦) : « ويصح تدبيره ووصيته ؛ لأن ذلك محض مصلحته ؛ لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه . ويصح استيلاده ، وتعتق الأمة المستولدة بموته ؛ لأنه إذا صح ذلك من المجنون ، فمن السفيه أولى . وله المطالبة بالقصاص ؛ لأنه موضوع للتشفي والانتقام ، وهو من أهله . وله العفو على مال ؛ لأنه تحصيل للمال ، لا تضييع له . وإن عفا على غير مال نظرت ؛ فإن قلنا : الواجب القصاص عينًا ، صح عفوه ؛ لأنه لم يتضمن تضييع المال . وإن قلنا : أحد الشيئين . لم يصح عفوه عن المال ، ووجب المال ، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين .

وإن أحرم بالحج ، صح إحرامه ؛ لأنه مكلف أحرم بالحج ، أشبه غيره ؛ ولأن ذلك عبادة ، فصحت منه ، كسائر عباداته . ثم إن كان أحرم بفرض ، دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه ، وإن كان تطوعًا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحَضر ، دفعت إليه ؛ لأنه لا ضرر في إحرامه . وإن كانت نفقة السفر أكثر ، فقال : أنا أكتسب تمام نفقتي ، دفعت إليه أيضًا ؛ لأنه لا يضر بماله . وإن لم يكن له كسب ، فلوليه تحليله ؛ لما فيه من تضييع ماله ، ويتحلل بالصيام كالمعسر ؛ لأنه ممنوع من التصرف في ماله . ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله ، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده . وإن حَنث في يمينه ، أو عاد في ظِهاره ، أو لزمته كفارة بالقتل ، أو الوطء في نهار رمضان ، كفر بالصيام لذلك . وإن أعتق أو أطعم عن ذلك ، لم يجزه . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه ممنوع من ماله ، أشبه المفلس . ويتخرج أن يجزئه العتق ، بناء على قولنا بصحته منه . وإن نذر عبادة بدنية ، لزمه فعلها ؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه . وإن نذر صدقة المال ، لم يصح منه ، وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها ، لزمه العتق ، إن قدر عليه . ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره ، بناء على قولهم في من أقر قبل فك الحجر عنه ، ثم فك عنه ، فإنه يلزمه أداؤه ، وإن فك بعد تكفيره ، لم يلزمه شيء ، كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه » .

الثلث ، أو من الكل بعد وفاته أي في حال استغنائه عن ماله خصوصًا وأن الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل [١] .

(مادة ٥٣٢)

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالأَعْيَانِ مَنْقُولَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَنْقُولَةٍ وَبِمَنَافِعِهَا ، مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَوْ مُؤَبَّدَةً [٢] .

* * *

٣٠٧٩ – ويؤخذ من تعريف الوصية الذي هو : تمليك مُضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع أنها تصح بالأعيان ، سواء كانت عقارًا أو منقولًا وبمنافعها ؛ لأن التمليك يصح في كل ما ذكر وعندما تكون بالمنافع يجوز أن تقيد بمدة معلومة كسكنى داره أو غلة أرضه ثلاث سنين مثلًا وأن تكون أبدًا أي مدة عمر الموصَى له .

وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه في الفصل الثالث في الوصية بالمنافع [٣] .

(مادة ٥٣٣)

يَجُوزُ لِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ مُسْتَغْرِقًا لِمَالِهِ وَلَا وَارِثَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ لِمَنْ يَشَاءُ ، وَتَنْفُذُ وَصِيَّتُهُ بِلَا تَوَقُّفٍ عَلَى إِجَازَةِ بَيْتِ الْمَالِ [٤] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : ٢ – على أنه إذا كان مَحْجُورًا عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته بإذن القاضي .

(٢) **قول الحنابلة** : جاء في مطالب أُولي النُّهَى (٣/٧٢٢) : « صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعًا » .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٤٧) يصح أن يكون الموصَى به عينًا ويصح أن يكون منفعة لمدة مؤقتة أو مؤبدة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٨) : ٤ – تنفذ وصية من لا ديْن عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٨) : ٣ – لا تنفذ فيما يستغرقه ديْن إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الديْن .

(٤) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٩٠) : « ولو أوصى بجميع ماله وليس له وارث ؛ نفذت الوصية ، ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال ، كذا في خزانة المفتين » .

=

٣٠٨٠ - ولا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ في شيء منه ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف حال الموصي ، والموصى له ، والموصى به ، وذلك أن الموصي إما أن يكون غير مديون ، وإما أن يكون مديونًا ، فإن كان مديونًا فإما أن يكون ديْنه مستغرقًا لجميع تركته ، وإما أن يكون غير مستغرق لها ، وعلى كُلٍّ فإما أن يكون الموصَى له وارثًا للموصي أو أجنبيًّا منه .

٣٠٨١ - وإن كان أجنبيًّا فإما أن يكون للموصي وارث ، أو لا ، وفي كل هذه الأحوال إما أن تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه فاستمع لما يُلقَى عليك حتى تعرف في نهايته حكم كل حالة على حدتها **وإليك البيان** :

٣٠٨٢ - فإن كان الموصي غير مديون أصلًا وكانت الوصية لأجنبي منه ، ولم يكن له وارث ؛ نفذت الوصية .

ولو استغرقت جميع تركته ؛ فلا حق لبيت المال في المعارضة ، بل إذا لم تكن الوصية

= **قول الحنابلة** : جاء في الإنصاف (١٩٢/٧) : « (فأما من لا وارث له : فتجوز وصيته بجميع ماله) . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضي ، والشريف وأبو الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف ، وغيرهم . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره . وعنه : لا تجوز إلا بالثلث . نص عليه في رواية ابن منصور . قال أبو الخطاب في الانتصار : هذه الرواية صريحة في منع الرد ، وتوريث ذوي الأرحام . وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب . وقيل : تجوز بماله كله إذا كان وارثه ذا رحم .

قال الشارح : وهو ظاهر كلام الخرقي . وأطلق في الفائق في ذوي الأرحام وجهين . قال في القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة : بناهما بعض الأصحاب على أن الحق لغير معين . وبناهما القاضي على أن بيت المال : هل هو جهة ومصلحة أو وارث ؟ ، فإن قيل : هو جهة ومصلحة : جازت الوصية بجميع ماله . وإن قيل : هو وارث : فلا تجوز إلا بالثلث . وتابعه في الفروع ، وغيره . فعلى المذهب : لو مات وترك زوجًا ، أو زوجة لا غير ، وأوصى بجميع ماله ورُد : بطلت في قدر فرضه من الثلثين . فيأخذ الموصَى له الثلث . ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي . وهو الثلثان . فيأخذ الربع ، إن كان زوجة . ويأخذ النصف ، إن كان زوجًا . ثم يأخذ الموصَى له الباقي من الثلثين . وهذا هو الصحيح من المذهب . اختاره الشارح ، وصاحب الفائق . وقدمه في الرعاية الكبّرى ، والفروع . وجزم به في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وقيل : لا يأخذ الموصَى له مع أحد الزوجين سِوى الثلث . وقدمه في الشرح ، والفائق . قلت : هو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما . حيث قالوا : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث . فائدتان : إحداهما : وكذا الحكم لو كان الوارث واحدًا من أهل الفروض ، وقلنا : بعدم الرد قاله في الرعاية وغيرها . الثانية : لو أوصى أحد الزوجين للآخر . فله على الرواية الأولى : المال كله إرثًا ووصية . على الصحيح من المذهب . وقيل : لا تصح . وله على الرواية الثانية : الثلث بالوصية . ثم فرضه من الباقي والبقية لبيت المال » .

بالكل ؛ فله الباقي بعد الموصَى به وإن كانت بالكل فلا يستحق شيئًا .

والسبب في ذلك : أن الموصَى له ولو بجميع المال مقدم في الاستحقاق على بيت المال . وإذا كان كذلك فلا حق له في المعارضة ، كما ستعرفه من ترتيب المستحقين للتركة في شرح مادة (٥٨٢) .

(مادة ٥٣٤)

مَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لِمَالِهِ ، فَلَا تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ ، إلا أن يُبْرِئَهُ الْغُرَمَاءُ أَوْ بِإِجَازَتِهِمْ (١) .

* * *

٣٠٨٣ - وإن كان الموصي مديونًا وكان دينه مُستغرقًا لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلًا وتركته تقوم بهذا المبلغ فلا تنفذ الوصية ، سواء كان الموصَى به قليلًا أو كثيرًا ، وسواء كان الموصَى له أجنبيًا منه أو وارثًا له ، اللَّهم إلا إذا أبرأه الدائنون ؛ فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال .

٣٠٨٤ - وأما إجازة الورثة في هذه الحالة فلا تفيد شيئًا ، وإنما كان الحق في هذه الحالة للدائنين لا للورثة ؛ لأن حق الورثة في الإرث مؤخر عن قضاء الديْن ، وقضاء الديُون مقدم على الوصية ، فالإجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق ، فإن شاء ألغاها وإن شاء أمضاها .

وفي هذا المثال يأخذ كل من الدائنين ديْنه كاملًا ؛ لأن التركة وافية بالجميع ، فإذا فرضنا أن تركته في المثال المتقدم ألف وخمسمائة جنيه فقط ، قسم هذا المبلغ بين الدائنين بنسبة دين كل منهم ، فيأخذ كل منهم نصف دينه ؛ لأن التِّركة لا تساوي إلا نصف الديون .

وإن كان الموصي مديونًا ولكن ديْنه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألفي جنيه وتركته تساوى خمسة آلاف جنيه ، فنخرج من التركة أولًا مقدار الديون ؛ لأن قضاءها مُقدَّم على الوصية ، ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الديْن وهو هنا ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٩٢/٦) : « ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية إلا أن يبرئه الغرماء ، كذا في الهداية » .

(مادة ٥٣٥)

لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا إِذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ الْأُخَرُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ .

وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي لَا وَقْتَ الْوَصِيَّةِ .

وَلَيْسَ لِلْمُجِيزِ أَنْ يَرْجِعَ فِي إِجَازَتِهِ ، وَيُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِذَا امْتَنَعَ .

وَإِذَا أَجَازَهَا بَعْضُ الْوَرَثَةِ وَرَدَّهَا الْبَعْضُ ، جَازَتْ عَلَى الْمُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، وَبَطَلَتْ فِي حَقِّ غَيْرِهِ [1] .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٧/٧ ، ٣٣٨) : « (ومنها) أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي ، فإن كان لا تصح الوصية لما روي عن أبي قلابة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال « إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حقٍّ حقه ، فلا وصية لوارث » وفي هذا حكاية ، وهي ما حكي أن سليمان بن الأعمش - رحمه الله تعالى - كان مريضًا ، فعاده أبو حنيفة ﷺ فوجده يوصي لابنيه ، فقال أبو حنيفة : ﷺ إن هذا لا يجوز ، فقال : ولِمَ يا أبا حنيفة فقال : لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال : « لا وصية لوارث » فقال سليمان - رحمه الله - : يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة . فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصًّا . ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة ؛ لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة ، وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم ، فيؤدي إلى قطع الرحم ، وإنه حرام وما أفضى إلى الحرام ، فهو حرام ، ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصِي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية ، ثم مات قبل موت الموصي ، ثم مات الموصي لم تصح الوصية ؛ لأن الموصى له ، وهو الأخ صار وارث الموصي عند موته ، ولو أوصى لأخيه ولا ابن له وقت الوصية ، ثم ولد له ابن ، ثم مات الموصي صحت الوصية ؛ لأن الأخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبًا بالابن . وإنما اعتبرت الوراثة وقت موت المُوصِي لا وقت وصيته ؛ لأن الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثًا وقت وجودها ، بل هي تمليك عند الموت ، فيعتبر ذلك عند الموت .

وعلى هذا يخرج ما إذ أوصى لامرأة أجنبية ، وهو مريض أو صحيح ، ثم تزوجها لا يصح ، ولو أقرَّ المريض لامرأة أجنبية بدَيْن ، ثم تزوجها جاز إقراره ؛ لأن الوصية إنما تصير ملكًا عند موت الموصي فيعتبر كونها وارثة له حينئذٍ ، وهي وارثته عند موته ؛ لأنها زوجته فلم تصح الوصية ، ولو أقر المريض بديْن لابنه النصراني ، ثم أسلم لم يجز إقراره عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر يصح ؛ وجه قوله أن الإقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الإقرار ، فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت ، كما قلنا في المرأة .

ولنا أن الوراثة ، وإن لم تكن موجودة عند الإقرار لكن سببها كان قائمًا وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع ، وهو الكفر ، فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الأصل ، ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زاول المانع ، كما في البيع بشرط الخيار ، أو يقال إن إقرار المريض لوارثه إنما يرد للتهمة ، وسبب التهمة =

....

= وقت الإقرار موجود ، وهو القرابة ، بخلاف ما إذا أقر لامرأة أجنبية ، ثم تزوجها ؛ لأن هناك سبب القرابة لم يكن موجودًا وقت الإقرار ؛ لأن السبب هو الزوجية ، ولم تكن وقت الإقرار ، وإنما وجدت بعد ذلك ، وبعد وجودها لا تحتمل الاستناد ، فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك إقرارًا لوارثه فيصح ، ويثبت الدَّيْن في ذمته ، فلا يسقط بحدوث الزوجية ، وعلى التقريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وتّت الإقرار فيصح ، ولو كان ابنه مسلمًا ، لكنه مملوك ، فأوصى له ، ثم أعتق ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أن أوان اعتبار الوصية أوان الموت ، وهو وارثه عند الموت .

ولو أقر له بالدين وهو مريض ، أو وهب له هِبة ، فقبضها ، فإن لم يكن عليه دين ؛ جاز ذلك ؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين كان الإقرار والهِبة لمولاه وإنه أجنبي عن الموصِي ، فجاز ، وإن كان عليه ديْن لا يجوز ؛ لأن الإقرار والهِبة يقعان له لا لمولاه ؛ لأنه يقضي منه ديونه فتبين أن الإقرار كان لوارثه من طريق الاستناد ، فلا يصح ، أو لا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الإقرار ، كما قلنا في الإقرار لابنه النصراني إذا أسلم . ولو أوصى لبعض ورثته ، فأجاز الباقون ؛ جازت الوصية ؛ لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بإيثار البعض ، ولا يوجد ذلك عند الإجازة ، وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » ، ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولأجنبي ، فإن أجاز بقية الورثة ؛ جازت الوصية لهما جميعًا . وكان الثلث بين الأجنبي وبين الوارث نصفين ، وإن ردوا ، جازت في حصة الأجنبي ، وبطلت في حصة الوارث .

وبه تبين أن الوارث محل للوصية ؛ لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلًا دل أنه محل ، وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة إلا أنها تبطل في حصته برد الباقين ، وإذا وقعت صحيحة ، فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ، ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد ، فبقيت في حق الأجنبي على حالها ، كما لو أوصى لأجنبيين ؛ فرد أحدهما دون الآخر ، بخلاف المريض إذا أقرّ بدين لبعض ورثته ولأجنبي ، كما إذ أقر لهما بألف درهم والوارث مع الأجنبي تصادقًا إنه لا يصح لهما الإقرار أصلًا لا للوارث ، ولا للأجنبي ؛ لأن الوصية تمليك ، فبطلانه في حق أحدهما لا يُوجب البطلان في حق الآخر ؛ لأنه لا يوجب الشركة ، والإقرار لهما بالدين إخبار عن دين مشترك بينهما ، فلو صح في حق الأجنبي ؛ لكان فيه قسمة الدين قبل القبض ، وأنها باطلة ؛ ولأنه إذا كان إخبارًا عن ديْن مشترك بينهما فالوارث يشارك الأجنبي فيما يقبض ، ثم تبطل حصته وفيه إقرار للوارث وأنه باطل ، بخلاف الوصية ، فإن الوارث لا يشارك الأجنبي .

وإذا بطل الإقرار أصلًا تقسم التركة بين ورثة المقر فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الأجنبي إلى تمام الإقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث ؛ لأنهما إذا تصادقا ، فمن زعمهما أن هذا القدر ديْن على الميت ، والدين مقدم على الميراث هذا إذا تصادقًا ، فإن تكاذبا ، أو أنكر الأجنبي شركة الوارث ، أو رد الورثة إقراره فالإقرار باطل أيضًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما اللّه - لما ذكرنا ، وإذا بطل كان المال ميراثًا بَين ورثة المقر ، فما أصاب الوارث ، فهو له كله ولا شركة للأجنبي فيه ؛ لأنه يكذبه في ذلك ، وعند محمد يصح إقراره في حق الأجنبي ، ويكون له خمسمائة وإن كان الأجنبي يكذب الوارث ، والوارث يصدقه في ذلك ؛ فالخمسمائة مما أصابه للأجنبي ؛ لأنه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت =

....

= خمسمائة دين وأنه مقدم على الميراث إلا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة ، فكان القول قول الأجنبي ، ويأخذ تلك الخمسمائة كلها .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٤٩/٦ ، ٥٠) : « (ولوارث في الأظهر إن أجاز باقي الورثة) المطلقين التصرف ، وقلنا بالأصح إن إجازتهم تنفيذ لا ابتداء عطية ، وإن كانت الوصية ببعض الثلث للخبر بذلك ، وإسناده صالح ، وبه يخص الخبر الآخر « لا وصية لوارث » والحيلة في أخذه من غير توقف على إجازة أن يوصي لفلان بألف : أي وهو ثُلث فأقل إن تبرع لولده بخمسمائة أو بألفين كما هو ظاهر ، فإذا قبل وأدى للابن ما شرط عليه ؛ أخذ الوصية ، ولم يشارك بقية الورثة الابن فيما حصل له ، ومقابل الأظهر لا تصح له ، وقيد بعض الشراح الوارث في كلام المصنف بالخاص احترازًا عن العام كوصية من لا يرثه ، إلا بيت المال بالثلث ، فأقل فتصح قطعًا ، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام ، ورد بأن الوارث جهة الإسلام لا خصوص الموصَى له ، فلا يحتاج للاحتراز عنه كما يعلم مما مر في إرث بيت المال ، وسيأتي أن الإمام يتعذر إجازته ما زاد على الثلث ؛ لأن الحق للمسلمين ، وإجازة ولي المحجور باطلة كما بحثه بعضهم وهو ظاهر ، ولا يضمن بها إلا إن أقبض .

نعم توقف إلى تأهله كما جرى عليه جمع وهو المعتمد ، وإن قال الأذرعي : قد أفتيت بالبطلان فيما لا أحصي وانتصر له غيره ، لعظم ضرر الوقف ، لا سيما فيمن أوصى بكل ماله وله طفل محتاج فقد رد بأن التصرف وقع صحيحًا فلا مسوغ لإبطاله ، وليس في هذا إضرار لإمكان الاقتراض عليه ولو من بيت المال إلى كماله ، وظاهر أن القاضي في حالة الوقف يعمل في بقائه وبيعه ، وإيجاره بالأصلح ، ومن الوصية إبراؤه وهبته والوقف عليه .

نعم لو وقف عليهم ما يخرج من الثلث على قدر نصيبهم نفذ من غير إجازة فليس لهم نقضه كما مر في الوقف ، ولا بد لصحة الإجازة من معرفة قدر المجاز أو عينه ، فإن ظن كثرة التركة فبان قلتها فسيأتي ، فلو أجاز عالمًا بمقدار التركة ثم ظهر له مشارك في الإرث ، وقال إنما أجزت ظانًّا حيازتي له بطلت الإجازة في نصيب شريكه ويشبه بطلانها في نصف نصيب نفسه وللموصى له تحليفه على نفي علمه بشريكه فيه .

ولا عبرة بردهم ، وإجازتهم في حياة الموصِي إذ لا حق لهم حينئذٍ لاحتمال برئه وموتهم بل بعد موته في الواقع ، وإن ظنه قبله كما يعلم مما مر فيمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فجزم بعضهم ببطلان القبول قبل العلم بموت الموصي ، وإن بان بعده غير ظاهر .

(والعِبرة في كونه وارثًا بيوم الموت) فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته فوصية لأجنبي ، أو له ابن ثم مات الابن قبله أو معه فوصية لوارث (والوصية لكل وارث بقدر حصته) مشاعًا من نصف وربع ونحوهما بحسب فرضه (لغو) ؛ لأنه يستحق ذلك بدونها (وبعين هي قدر حصته) كأن ترك ابنين ودارًا وقنا قيمتهما سواء فخصَّ كُلًّا بواحد (صحيحة وتفتقر إلى الإجازة في الأصح) لاختلاف الأغراض بالأعيان ولذا صحت ببيع عين من ماله لزيد ، وسواء أكانت الأعيان مثلية أم لا ، والثاني لا تفتقر لذلك ، ولو أوصى للفقراء بشيء امتنع على الوصي إعطاء شيء منه لورثة الميت ولو فقراء كما نص عليه في الأم » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٣٢/٢) : « (ولا وصية) (لوارث) الموصِي حين موته لا حين الإيصاء . قال خليل : والوارث يصير غير وارث وعكسه لأخيه إذا طرأ له من يحجبه حجب حرمان ؛ لأن المعتمد أن الوصية للوارث باطلة ولو بأقل من الثُلث ، وإن أجازها الوارث كانت ابتداء عطية منه ، ومثل =

٣٠٨٥ - وإن كان الموصي غير مدين وكانت الوصية لوارث وكان للموصِي ورثة غيره فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازتها الورثة ، سواء كانت الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه ، لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : « **إن اللَّه أعطى كل ذي حقٌّ حقه ، ألا لا وصية لوارث** » [1] . وقوله : « **لا وصية لوارث ، إلا أنْ تجيزها الورثة** » .

ولأن الوصية لو نفذت للوارث من غير إجازة باقي الورثة لتضرر غير الموصى له

= الوصية للوارث الوصية لبعض عبيد الورثة حيث كانت بشيء له بال ، بخلافها لعبد الوارث المتحد فتصح حيث كان يجوز جمع المال أو وقعت بتافه أو قصد به العبد .

والدليل على ذلك قوله ﷺ : « إن اللَّه أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

تنبيه : كما تبطل الوصية للوارث تبطل أيضًا بارتداد الموصِي أو الموصَى له ولو رجع المرتد للإسلام . قال خليل : بالعطف على ما تسقطه الردة : وإحصانًا ووصية إلا أن يكون بكتاب فتصح على قول أصبغ ، وكذا تبطل إذا وقعت بمعصية كالإيصاء بشيء لمن يشرب به خمرًا ، أو بشيء لمن يصلي أو يصوم به عن الميت ويرجع ميراثًا ، بخلاف الإيصاء بالمكروه كالإيصاء بضرب قبة لا بقصد المباهاة أو بفعل ضحية أو نحو ذلك مما هو مكروه فإنها لا تبطل ويجب تنفيذها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥٨/٦) : « (ولا وصية لوارث ، إلا أن يجيز الورثة ذلك) وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية ، فلم يجزها سائر الورثة ، لم تصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول اللَّه ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول : « إن اللَّه قد أعطى كل ذي حقٌّ حقه ، فلا وصية لوارث » . رواه أبو داود . وابن ماجه ، والترمذي . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتعذر تلافي العدل بينهم ، أولى وأحرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء .

وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . أخذا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : « لا وصية لوارث » . وهذا قول المزني ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعي ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث » . وظاهر مذهب أحمد والشافعي : أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصح ، كما لو وصى لأجنبي ، والخبر قد روي فيه « إلا أن يجيز الورثة » . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون ذلك دليلًا على صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يقدر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف : أن الوصية إذا كانت صحيحة ، فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة ، يكفي فيها قول الوارث : أجزت ، أو أمضيت ، أو نفذت . فإذا قال ذلك ، لزمت الوصية . وإن كانت باطلة ، كانت الإجازة هِبة مبتدأة ، تفتقر إلى شروط الهِبة ، من اللفظ والقبول والقبض ، كالهبة المبتدأة . ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض ، صح رجوعه » .

بسبب إيثاره بما يأخذه زائدًا عن الاستحقاق الذي قدره الله له في التركة ، فيؤدي هذا التضرر إلى قطيعة الرحم فترتكب الورثة مع بعضهم ما لا تحسن عقباه وهذا لا يحصل عند تخييرهم في الإجازة وعدمها ؛ لأنهم أن منعوها فقد أخذ كل ذي حقٍّ حقه بلا إيثار للبعض على الآخر ؛ فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم ؛ وإن أجازوها برضاهم ؛ كانت عن طيب نفس فينتفي الحقد المؤدي إلى المشاكل .

٣٠٨٦ - فإن لم يكن له وارث غير الموصَى له ؛ فإن كان غير أحد الزوجين ؛ فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكل من غير وصية ، وإن كان أحد الزوجين نفذت إذ لا مزاحم له ، وهو لا يستحق الكل بطريق الميراث فتكون مفيدة .

٣٠٨٧ - ولا تكون إجازة الورثة معولًا عليها إلا إذا كانت بعد موت الموصِي ، فلو أجازوها حال حياته ومنعوها بعد وفاته ؛ صح هذا المنع ؛ لأن إجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم ؛ إذ الحق يثبت لهم بالموت ، فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصِي فيردوها ؛ لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل ، وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم رده بعد موت المورث .

ولكن يقال : كيف تكون إجازتهم حال حياته ساقطة مع أن حقهم ثابت في ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم ، وإن كان ذلك الثبوت على سبيل التوقف إلى الموت فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتًا من أول المرض ، وأن الإجارة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض ، فتصير الإجازة حال الحياة مفيدة كالإجازة بعد الوفاة .

وأجابوا عن ذلك : بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم فإجازتهم حين وقعت في حياته وقعت باطلة وما وقع باطلًا لا يظهر في حق الاستناد .

ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق ، فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة ، وإذا لم يتصور بقي حقًّا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضًا ببطلان حقيقة المِلك الذي يحدث لهم بعد موته ، بخلاف ما إذا أجازوها

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : الوصايا عن رسول الله / باب : ما جاء لا وصية لوارث / ٢١٢١) ، وسنن النسائي (كتاب : الوصايا / باب : إبطال الوصية للوارث / ٣٦٤١) ، وسنن أبي داود (كتاب : الوصايا / باب : ما جاء في الوصية للوارث / ٢٨٧٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الوصايا / باب : لا وصية لوارث / ٢٧١٣) .

بعد موته فليس لهم أن يرجعوا عنها ؛ لأنها وقعت بعد ثبوت المِلك حقيقة فتلزم .

٣٠٨٨ - **ويشترط في صحة الإجازة** : أن يكون المُجيز من أهل التبرع ، فإن لم يكن كذلك ، فلا تصح إجازته ، **وينبنى على ذلك** : أن إجازة كل من الصبى والمجنون والمعتوه غير معتد بها ؛ لأن كُلًّا منهم ليس أهلًا للتبرع ، وكذا المحجور عليه لسفه ، ومثلهم المريض مرض الموت .

٣٠٨٩ - ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثي ماله فقط لحق الورثة اعتبرت إجازته نافذة من الثلث ، وحيئنذٍ ينظر إلى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب إجازته ، فإن كان لا يتجاوز ثلث ماله ؛ صحت الإجازة وإن لم تجزها ورثته ، فإن تجاوز الثلث ؛ توقف الزائد على إجازتهم فإن أجازوا نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع . هذا إذا كان المجاز له غير وارث له ، فإن كان ؛ فلا تنفذ إلا بالإجازة ولو قَلَّ المجاز .

٣٠٩٠ - ويعتبر كون الموصى له وارثًا أو غير وارث عند موت الموصي لا وقت الوصية ، لأن التمليك فيها لا يكون في الحال بل هو مؤخر إلى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله.

وينبني على ذلك : أنه إذا كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم فأوصى لأخيه بشيء من تركته ثم ولد له ابن بعد الوصية وتوفي الموصِي والكل موجودون ؛ استحق الأخ الوصية إن كانت لا تتجاوز الثلث ، فإن تجاوزته ؛ فلابد من إجازتهم للزائد ؛ لأن الأخ وإن كان وارثًا وقت الوصية ؛ لعدم وجود من يحجبه ، ولكنه صار غير وارث عند الموت ؛ لأنه لا يستحق شيئًا مع وجود ابن للمتوفي وعدم اتصافه بالوارثية وقت الموت هو المعول عليه في استحقاق الموصَى به ولو كان وارثًا وقت الوصية ، أما لو كان الابن موجودًا وقت الوصية والمسألة بحالها ثم مات قبل موت أبيه الذي مات عن المذكورين ، فلا يستحق الأخ شيئًا من الوصية إلا بإجازة من معه من الورثة ؛ لأنه وإن كان غير وارث وقت الوصية لوجود الابن وهو يحجبه ، إلا أنه صار وارثًا وقت الموت ، وهو المعول عليه في عدم استحقاق الوصية إلا بالإجازة .

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثًا أو غير وارث وقت الموت ، بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف أو سَلْبه عنه وقت الوصية .

فلو كان لشخص ابن وأخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم فأوصى بشيء لإخوته ومات عن الجميع استحقوا الموصَى به إن لم يتجاوز الثلث ، فإن تجاوزه ؛ توقف الزائد على إجازة الابن ؛ لأنهم غير وارثين ؛ إذ الابن يحجبهم .

٣٠٩١ - ولو كان مكان الابن بنت ، صحت الوصية للأخ لأب والأخ لأم ، ولا تصح للأخ الشقيق ، إلا أن تجيزها البنت ؛ لأن الأخ لأب محجوب بالشقيق ، والأخ لأم محجوب بالبنت ، فهما غير وارثين ، فلو كانت الوصية للبنت ؛ توقف نفاذها على إجازة الأخ الشقيق ؛ لأنه هو الوارث ، ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة إلا بعد معرفة المواريث .

(مادة ٥٣٦)

تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ لِلأَجْنَبِيِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا إِذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٦٩/٧ ، ٣٧٠) : « (ومنها) التقدير بثُلث المال إذا كان هناك وارث ، ولم يجز الزيادة ، فلا تجوز الزيادة على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة ، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد ﷺ أنه قال لرسول الله ﷺ : أوصي بجميع مالي ؟ فقال : « لا » ، فقال : فبثُلثيه ؟ فقال : « لا » ، فقال : فبنصفه ؟ قال عليه الصلاة والسلام : « لا » ، قال : فبثُلثه ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « الثُلث ، والثُلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « إن اللّٰه تبارك وتعالى تصدق عليكم بثُلث أموالكم آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » ؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب المِلك عند الموت ، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثُلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم ، وسواء كانت وصيته في المرض ، أو في الصحة ؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام .

واعتبارها وقت الموت يُوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا أنه وقت تعلق حق الورثة بالتركة ، إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى ، وهو الثلث فرق بين الوصية ، وغيرها من التبرعات كالهبة ، والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد ، فإن كان صحيحًا تجوز في جميع ماله ، وإن كان مريضًا لا تجوز إلا في الثلث ؛ لأن الهبة ، والصدقة كل واحد منهما إيجاب المِلك للحال فيعتبر فيهما حال العقد ، فإذا كان صحيحًا فلا حق لأحد في ماله فيجوز من جميع المال ، وإذا كان مريضًا كان حق الورثة متعلقًا بماله ، فلا يجوز إلا في قدر الثلث ، وكذا الإعتاق في مرض الموت ، والبيع ، والمحاباة قدر =

....

= ما لا يتغابن الناس فيه ، وإبراء الغريم ، والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة ، والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢١/٧) : « الوصية لغير الوارث وحكم التبرعات في المرض (ينبغي) لمن ورثته أغنياء أو فقراء (أن لا يوصي بأكثر من ثُلث ماله) بل الأحسن أن ينقص منه شيئًا ؛ لأنه ﷺ استكثره فقال : « الثلث والثُلث كثير » ومن ثم صرح جمع بكراهة الزيادة عليه ، وأما تصريح آخرين بحرمتها ؛ فهو ضعيف ، وإن قصد بذلك حرمان ورثته كما علم مما قدمته في شرح قوله في الوقف كعمارة الكنائس فباطل ، وأيضًا فهو لا حرمان منه أصلًا ، أما الثلث فلأن الشارع وسع له في ثُلثه ليتدارك به ما فرط منه فلم يؤثر قصده به ذلك ، وأما الزائد عليه فهو إنما ينفذ إن أجازوه ومع إجازتهم لا ينسب إليه حرمان فهو لا يؤثر قصده وتحريم عقد الفضولي لا يشهد للقائلين بالتحريم هنا خلافًا لمن زعمه ؛ لأنه تلبس بعقد فاسد ولا كذلك هنا ؛ لأن المِلك له فصح التصرف فيه ألا ترى أنه لو برأ نفذ لكنه غير لازم لجواز إبطاله له ولوارثه ، ومن ثم كان الأصح أن إجازته تنفيذ لا ابتداء عطية (فإن زاد) على الثُلث (ورد الوارث) الخاص المطلق التصرف الزيادة (بطلت) الوصية (في الزائد) إجماعًا ؛ لأنه حقه فإن كان عامًا ، بطلت ابتداء من غير رد ؛ لأن الحق للمسلمين فلا مجيز . (وإن أجاز) وهو مطلق التصرف وإلا لم تصح إجازته ولا رده بل توقف لكماله على الأوجه كما مر بما فيه مع فروع أخر تأتي هنا قيل محله إن رجي وإلا كجنون مستحكم أيس من برئه ، بطلت الوصية وهو متجه إن غلب على الظن ذلك بأن شهد به خبيران ، وإلا فلا ؛ لأن تصرف الموصي وقع صحيحًا كما تقرر فلا يبطله إلا مانع قوي وعلى كل فمتى برأ وأجاز بان نفوذها (فإجازته تنفيذ) أي إمضاء لتصرف الموصي بالزيادة على الثُلث لصحته كما مر وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبه عفو الشفيع (وفي قول عطية مبتدأة والوصية بالزيادة لغو) لنهيه ﷺ سعد بن أبي وقاص عن الوصية بالنصف وبالثُلثين رواه الشيخان .

ويُجاب بأن النهي إنما يقتضي الفساد إن كان لذات الشيء أو لازمه وهو هنا ليس كذلك ؛ لأنه لخارج عنه وهو رعاية الوارث ، وإن توقف الأمر على إجازته وعلى الأول لا يحتاج للفظ هِبة وتجديد قبول وقبض ، ولا رجوع للمجيز قبل القبض وتنفذ من المفلس ، وعليهما لا بد من معرفته لقدر ما يجيزه مع التركة إن كانت بمشاع لا معين ومن ثم لو أجاز وقال ظننت قلة المال أو كثرته ولم أعلم كميته وهي بمشاع حلف أنه لا يعلم ، ونفذت فيما ظنه فقط أو بمعين لم يقبل » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٧١/٨) : « وبطلت بردة ، وإيصاء بمعصية ولوارث كغيره بزائد الثلث يوم التنفيذ ، وإن أجيز فعطية يعني أن الوصية تبطل بردة الموصي أو الموصى له ولذا نكر الردة ما لم يرجع للإسلام ، وإلا جازت إن كانت مكتوبة ، وإلا فلا ، وأما ردة الموصى به فلا أثر لها وكذلك تبطل الوصية إذا كانت على معصية كشرب خمر مثلًا ويبقى المال للورثة وفي الموازية من أوصى بمال لمن يصوم به عنه لم يجز ذلك قال ابن عتاب وكذلك لمن يصلي عنه بخلاف من عهدت بعهد لمن يقرأ على قبرها فهو نافذ كالاستئجار للحج وهو رأي شيوخنا قال وكذلك رأى إنفاذ الوصية بضرب قبة على قبرها ، وقال الداودي : عتق مستغرقي الذمة ووصاياهم غير جائزة ، ولا تورث أموالهم ويسلك بها مسلك الفيء ، ونحوه في فتاوى ابن عتاب =

٣٠٩٢ - وإن كان الموصِي غير مدين وكانت له ورثة وكان الموصَى له أجنبيًّا منه بأن كان غير وارث له وقت موته ، فإن كانت الوصية لا تتجاوز ثلث المال ، نفذت وإن لم تجزها الورثة إلا إذا كان هناك مانع من النفاذ كما إذ قتل الموصى له الموصِي أو كان بره غير جائز شرعًا .

فإن تجاوزت الوصية الثلث ؛ توقف الزائد على إجازة الورثة ، فإن ردوها ؛ بطلت ، وإن أجازوها ؛ نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع .

= لبعض الولاة قال إلا ما ثبت كسبه بوجه حلال وكذلك تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما يخالف حقوقهم أو لبعض دون بعض لخبر « إن اللّٰه أعطى كل ذي حقٍّ حقه فلا وصية لوارث » كما أن الوصية تبطل لغير الوارث بما زاد على ثلث الموصي يوم التنفيذ ، ولا يعتبر يوم الموت ، وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة ، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث ، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لا أنه تنفيذ للوصية فلا بد من قبول الموصَى له ، ولا تتم إلا بالحيازة قبل حصول مانع للمجيز ، وأن يكون المجيز من أهل الإجازة ، فإن لم يكن من أهلها فمنه ما يتوقف على إجازة من له الإجازة ومنه ما يبطل » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٩٣/٧ ، ١٩٤) : « (ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبي ، ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة) . يحرم عليه فعل ذلك ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم وقدمه في الفروع ، والفائق . وقيل : يكره له ذلك . قال في الفروع ، وقال في التبصرة : يكره . قلت : وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به في الرعاية الكبرى في الثانية . وقدمه في الأولى . وعنه : يكره في صحته من كل ماله . نقله حنبل : والأولى الكراهة . ولو قيل بالإباحة لكان له وجه . وإنما تصح بإجازة الورثة. فتكون موقوفة عليها . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . صححه في الفروع ، وغيره . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . قال الزركشي : هو المشهور ، والمنصوص في المذهب . حتى إن القاضي في التعليق وأبا الخطاب في خلافه والمجد ، وجماعة : لم يحكوا فيه خلافًا . وعنه : الوصية باطلة ، وإن أجازها الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . واختاره بعض الأصحاب . وهو وجه في الفائق في الأجنبي ، ورواية في الوارث .

تنبيه : يُستثنى من كلام المصنف : إذا أوصى بثلثه يكون وقفًا على بعض ورثته . فإنه يصح . على الصحيح من المذهب ، على ما تقدم في الهبة . وفيه قول اختاره المصنف بعدم الصحة . فيكون ظاهر كلام المصنف موافقا لما اختاره . قوله (إلا أن يوصِي لكل وارث بمعين بقدر ميراثه . فهل تصح ؟ ، على وجهين) . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق . أحدهما : تصح . وهو الصحيح . قال في الفروع : وتصح معاوضة مريض بثمن مثله . وعنه : مع وارث بإجازة . اختاره في الانتصار . لفوات حقه من المعين . ثم قال : ومثلها وصية لكل وارث بمعين بقدر حقه . صححه في التصحيح ، والحارثي . وقدمه في المحرر ، وإدراك الغاية ، والرعايتين ، والحاوي الصغير . والوجه الثاني : لا تصح إلا بإجازة الورثة . صححه في المذهب ، والنظم » .

ودليل هذا : ما روي عن سعد ابن أبى وقاص رضي الله تعالى عنه أنه قال : جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت : يا رسول الله ، قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأوصي بثلثي مالي ؟ قال : « **لا** » . قلت : فالشطر يا رسول الله ، قال : « **لا** » . قلت : فالثلث ، قال : « **الثلث ، والثلث كثير – أو كبير – إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس** » [1] .

ولأن حق الورثة تعلق بماله ؛ لانعقاد سبب الانتقال إليهم وهو استغناؤه عن المال ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره ، وأظهره في حق الورثة ؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزًا عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار .

٣٠٩٣ – وأما إذا لم تكن له ورثة أصلًا فإنها تنفذ من كل التركة وإن لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصَى له ، والإجازة لا تكون معولًا عليها إلا إذا كانت بعد وفاة الموصِي وكان المجيز من أهل التبرع ، وقد تقدم لك هذا في شرح المادة السابقة فارجع إليه .

٣٠٩٤ – وقد علم حكم ما إذا أجازت كل الورثة ، أما إن أجازها البعض وردها الباقي ؛ كانت الوصية في حق الذي أجاز كأن كلهم أجازوها وفي حق الذي لم يجز كأن كلهم لم يجيزوها .

ولنوضح لك هذا بمثال وأنت تقيس عليه غيره : وهو إذا فرضنا أن رجلًا أوصى لآخر بنصف ماله ومات عن ابنين ، فإن أجازت الورثة ؛ فالمال يقسم بينهم أرباعًا : للموصى له ربعان وهو النصف ، ولكل واحد من الابنين الربع ؛ لأن الوصية مقدمة على الإرث فتنفذ الوصية أولًا وهي بالنصف والنصف الثاني يقتسمه الابنان .

وإن لم يجيزا الوصية : فللموصى له ثلث المال ؛ لنفاذها فيه من غير إجازة ، والثلثان للابنين ؛ لكل واحد منهما الثلث .

وإن أجازها واحد ولم يجز الآخر ؛ جازت في حق الذي أجاز كأنهما أجازا ؛

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : النفقات / باب : فضل النفقة على الأهل / ٥٣٥٤) ، وصحيح مسلم (كتاب : الوصية / باب : الوصية بالثلث / ١٦٨٢) ، وسنن الترمذي (كتاب : الوصايا عن رسول الله / باب : ما جاء في الوصية بالثلث / ٢١١٦) ، وسنن النسائي (كتاب : الوصايا / باب : الوصية بالثلث / ٣٦٢٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الوصايا / باب : ما جاء فيما لا يجوز للموصِي في ماله / ٢٨٦٤) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الوصايا / باب : الوصية بالثلث / ٢٧٠٨) .

فيعطى له ربع المال ، وبطلت في حق الذي لم يجز كأنهما لم يجيزا ، فيعطى له ثُلث المال والباقي يكون للموصى له .

وحينئذٍ فتقسم المال إلى اثنى عشر جزء لاحتياجنا إلى الثلث والربع وهو أقل عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر ؛ فيعطى ربعه للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم ، والثُلث للذى لم يجز وهو أربعة أسهم ، فتبقى خمسة تعطى للموصَى له .

٣٠٩٥ - ومتى صحت إجازة الورثة للوصية ، سواء كانت لوارث أو لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصي لا من قبل المجيز .

وينبنى على ذلك ما يأتى :

أولًا : أن المجيز ليس له الرجوع عن الإجارة ، فيجبر على تسليم الموصى به ، ولو كان التمليك من قبل المجيز لصح رجوعه ، لأنها تكون هِبة ، وهو لا تتم إلا بالقبض فلا يجبر على التسليم .

ثانيًا : أن الموصى له يملك الموصى به قبل القبض ولو كان التمليك من قبل المجيز لما ملكه إلا به ، لأنها تكون هِبة وهي لا تملك إلا بالقبض .

ثالثًا : إذا كان الموصى به مشاعًا فيما يحتمل القسمة صحت الإجازة فيه ، ولو كان التمليك من قبل المجيز لما صحت الإجازة ؛ لأنها تكون هِبة منه ، وهي لا تصح في المشاع الذي يحتمل القسمة إلا بالإفراز والتسليم (١) .

(مادة ٥٣٧)

تَجُوزُ وَصِيَّةُ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ وَوَصِيَّتُهَا لَهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمَا وَارِثٌ آخَرُ ، وَإِلَّا تَوَقَّفَ نُفُوذُهَا عَلَى إِجَازَتِهِ .

* * *

٣٠٩٦ - ولما كانت الزوجية من أسباب الميراث وكانت الوصية لوارث لا تنفذ ولو كانت بأقل من الثلث إلا إذا أجازتها بقية الورثة ؛ كانت وصية أحد الزوجين للآخر

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٣٨) : ١ - تنفذ الوصية لغير الوارث بثُلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة .

٢ - لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية .

موقوفة على إجازة باقي الورثة ، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت .

ولا شك في أن هذا إذا كان لأحدهما ورثة غير الموصى له ، فإن لم يكن له غيره نفذت الوصية من كل التركة ، وإن لم يجزها بيت المال ؛ لأن استحقاقه مؤخر عن الموصى له ولو بكل التركة .

٣٠٩٧ - والحكمة في تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وإن كان عامًّا أن وصية أحدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة ؛ لأن كُلًّا منهما لا يستحق إلا فرضه ، ولا يأخذ الباقي بطريق الرد على القول المعمول به .

٣٠٩٨ - فعند الوصية لأحدهما بالكل يستحق كل التركة بسبب الوصية . وأما الوصية لغير واحد منهما إذا لم يكن للموصي وارث غيره فلا فائدة فيها ؛ إذ هو يستحق الكل بطريق الميراث ؛ لأنه إن كان عصبة كالأخ الشقيق والعم لأب مثلًا أو ملحقًا بالعصبة كذي الرحم أخذ الكل من هذه الجهة ، وإن كان صاحب فرض كالأم والبنت أخذ بعضه بطريق الفرض ، والبعض الآخر بالرد ؛ فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل على كل حال .

(مادة ٥٣٨)

لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِقَاتِلِ الْمُوصِي مُبَاشَرَةً ، عَمْدًا كَانَ الْقَتْلُ أَوْ خَطَأً ، قَبْلَ الإِيصَاءِ أَوْ بَعْدَهُ ، إِلَّا إِذَا أَجَازَتِ الْوَرَثَةُ ، أَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَارِثٌ سِوَاهُ .

وَلَا يُحْرَمُ الْمُتَسَبِّبُ فِي الْقَتْلِ مِنَ الْوَصِيَّةِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٩/٧ ، ٣٤٠) : « (ويشترط) أن لا يكون قاتِل الموصِي قتلًا حرامًا على سبيل المباشرة ، فإن كان ؛ لم تصح الوصية له عندنا ، وبه أخذ الشافعي ، وقال مالك : هذا ليس بشرط ، وتصح الوصية للقاتِل ؛ ولأن الوصية تمليك ، وتملك والقتل لا ينافي أهلية التمليك .
ولنا : ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية لقاتل » وهذا نص ويروى أنه قال : « ليس لقاتل شيء » ذكر الشيء نكرة في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعًا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ؛ ولأن الوصية أخت الميراث ، ولا ميراث للقاتل ؛ لما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثًا .
وعن عبيدة السلماني أنه قال : لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ، ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة . =

....

= وهذا منه بيان لإجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام إلى زمن التابعين ﷺ على أنه لا ميراث للقاتل ، وذكر محمد هذه الآثار في الأصل . وقال : والوصية عندنا بمنزلة ذلك ، لا وصية للقاتل ؛ ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل ، كما يتأذى البعض بوضعها في البعض فيؤدي إلى قطع الرحم ، وإنه حرام ؛ ولأن المجروح إذا صار صاحب فراش ، فقد تعلق حق الورثة بماله نظرًا لهم ؛ لئلا يزيل المورث ملكه إلى غيرهم لعداوة ، أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء مِلك المورث نظرًا له ؛ لحاجته إلى دفع حوائجه الأصلية ، وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت ، وهو القرابة ، فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشيء من ماله إلا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث . بخلاف القياس ، فيبقى الأمر فيهما على أصل القياس ؛ ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة ، فتستدعي الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجرًا لحرمان الميراث ، فيثبت وسواء كان القتل عمدًا أو خطأً ؛ لأن القتل الخطأ قتل وإنه جاز المؤاخذة عليه عقلًا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها ؛ لأن الوصية إنما تقع تمليكًا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية ، أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد ديْن ، أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولأبويه ولجميع قرابته ؛ لأن مِلك كل واحد منهما منفصل عن مِلك صاحبه ، فلا تكون الوصية لأحدهما وصية لصاحبه .

ولو اشترك عشرة في قتل رجل ، فأوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح ؛ لأن كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم ، فكانت وصية لقاتله ، فلم تصح ، ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجناية ، وأعتق عبده ، ثم مات ، فالوصية باطلة ، ولا يبطل العتق ، ولكن العبد يسعى في قيمته ، (وأما) بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل ، فكان الموصى له قاتلًا ، فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الإعتاق ونفاذه ففيه ضرب إشكال وهو أن الإعتاق حصل في مرض الموت ، والإعتاق في مرض الموت وصية ، والوصية للقاتل لا تصح ، والعبد قاتل ؛ فينبغي أن لا ينفذ إعتاقه ، **والجواب عنه من وجهين** :

أحدهما : أن الإعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة ؛ لأن الوصية تمليك والإعتاق إسقاط المِلك وإزالته لا إلى أحدهما متغايران بل متنافيان حقيقة ، وكذا الإعتاق ينجر حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت ، فلم يكن الإعتاق في مرض الموت وصية حقيقة إلا أنه يشبه الوصية من حيث إنه يعتبر من الثلث لا غير .

والثاني : إن كان في معنى الوصية فالوصية بالإعتاق مردودة من حيث المعنى . وإن كانت نافذة صورة ، ألا ترى أن العبد يسعى في قيمته والسعاية قيمة الرقبة ، فكانت السعاية ردًّا للوصية معنى ، والعتق بعد وقوعه ، وإن كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التي هي قيمة الرقبة . ولو أوصى لعبده بالثلث ، ثم قتله العبد لم تصح وصيته ، غير أنه يعتق ، ويسعى في جميع قيمته .

أما بطلان الوصية : فلأنه وصية للقاتل . وأما نفاذ العتق : فلأن الوصية للقاتل ليست بباطلة ، بل هي صحيحة ، ألا ترى أنها تقف على إجازة الورثة في ظاهر الرواية ؟ فإذا أوصى له بثُلث ماله ، فقد أوصى له بثُلث رقبته ؛ لأن رقبته من ماله ، فدخلت تحت الوصية بالثلث ، فلما مات الموصي ملك ثُلث رقبته وتمليك ثُلث رقبته منه يكون إعتاقًا لثُلثه عند الموت ، فيعتق ثُلثه عند الموت ، ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية ، =

....

= كما لو أعتقه نصًا في مرض موته ، أو أضاف العتق إلى ما بعد الموت بالتدبير غير أن عند أبي حنيفة ﷺ وقعت الوصية له بثُلث الرقبة ؛ لأن الإعتاق متجزئ عنده فيعتق ثُلث رقبته ويسعى في ثُلثيه ؛ لأنه معتق البعض ويسعى في ذلك الثُلث الذي عتق ردًا للوصية معنى بالسعاية ؛ لأنه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية ، وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة ؛ لأنه عتق كله ؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما ، ومتى عتق كله يسعى في كل قيمته ردًا للوصية معنى فاتفق الجواب ، وهو السعاية في جميع قيمته ، وإنما اختلف الطريق ، ولو أوصى للقاتل ، ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصي ذكر في الأصل أنه يجوز ، ولم يذكر خلافًا ، وذكر في الزيادات أن على قول أبي يوسف لا يجوز ، وسكت عن قولهما ، فيدل على الجواز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، لأبي يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية لقاتل » وقال عليه الصلاة والسلام « ليس لقاتل شيء » من غير فصل بين حال الإجازة وعدمها . ولأن المانع من الجواز هو القتل ، والإجازة لا تمنع القتل ، ولهما أن امتناع الجواز كان لحق الورثة ؛ لأنهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بإيثار البعض بالوصية ، ثم جازت الوصية للبعض بإجازة الباقين ، فههنا أولى . والدليل على أن المانع هو حق الورثة : أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل ، وحق الإنسان ما ينتفع به ، فإذا جازوا ، فقد زال المانع ، فجازت ؛ ولهذا جازت الوصية لبعض الورثة بإجازة الباقين كذا هذا ، ولو كان القتل قصاصًا لا يمنع صحة الوصية ؛ لأنه ليس بقتل حرام .

وكذا لو كان القاتل صبيًا ؛ لأن قتله لا يوصف بالحرمة ؛ ولهذا لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث ، فكذا حرمان الوصية . وكذا القتل تسبيبًا لا يمنع جواز الوصية ، كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب الفرائض .

وأما الإقرار للقاتل بالدين : فإن صار صاحب فراش لم يجز ، وإن كان يذهب ، ويجيء ؛ جاز ؛ لأن إقرار المريض مرض الموت في معنى الوصية ألا ترى أنه لا يصح لوارثه ، كما لا تصح وصيته له ، وإذا كان يذهب ، ويجيء كان في حكم الصحيح فيجوز ، كما لو أقر لوارثه في هذه الحالة . وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية ، فلا تصح للقاتل ، وعفو المريض عن القاتل في دم العمد جائز لقوله تعالى : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾ مطلقًا من غير فصل بين حال المرض والصحة ؛ ولأن المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة ، أو الغرماء ، وإنما يتعلق حقهم بالمال ، والقصاص ليس بمال ، وبهذا علل في الأصل ، وإن كان القتل خطأ ؛ يجوز العفو من الثلث ؛ لأن القتل الخطأ يوجب المال ، فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال وإنها جائزة من الثلث ودلت هذه المسألة على أن الدية كلها تجب على العاقلة ، ولا يجب على القاتل شيء ؛ لأنه لو وجب لم يصح عفوه من الثلث في حصة القاتل ؛ لأنه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر ، ولا وصية للقاتل ، ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم أن الدية لا تجب على القاتل ، وإنما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ، ثم الوصية للقاتل إنما لا تجوز إذا لم تجز الورثة ، فإن أجازوا ؛ جازت ، ولم يذكر في الأصل اختلافًا ولأنه لما قتله بغير حق صار كالحربي والوصية للحربي لا تجوز ، أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٧٢/٤ ، ٧٣) : « (وتصح) الوصية (لذمي وكذا حربي) ، (و) =

٣٠٩٩ – ومن شروط الوصية : أن يكون الموصى له غير قاتل للموصِي ، فإن كان كذلك فلا تصح الوصية له ، ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل إذا كان متعمدًا أو مخطئًا .

= كذا (مرتد في الأصح و) كذا (قاتل) ولو تعديا تصح الوصية له (في الأظهر) لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة وخالفت الإرث ، والثاني المنع ؛ لأنه مال يستحق بالموت فأشبه الإرث ، وصورته أن يوصي لجارحه ثم يموت أو لإنسان فيقتله ، ومن ذلك قتل سيد الموصَى له الموصي ؛ لأن الوصية لعبد وصية لسيده كما مر ، فلو أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعديًا فباطلة كما في الكفاية في الأولى ومثلها الثانية أو بحق فيظهر فيها الصحة كما بحثه الزركشي في الثانية ومثلها الأولى » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٨/١٧٠ ، ١٧١) : « وقاتل علم الموصي بالسبب ، وإلا فتأويلان يعني أن المقتول يجوز وصيته للذي قتله بشرط أن يعلم بالسبب أي بسبب القتل أي يعلم أنه هو الذي قتله وظاهره سواء كان القتل عمدا ، أو خطأ وتكون الوصية في الخطأ في المال والدية وفي العمد في المال فقط إلا أن ينفذ مقاتله ويقبل وارثه الدية ويعلم بها ، فإن لم يعلم الموصي بأن الموصى له هو الذي قتله فهل تنفذ الوصية له أو تبطل ، قال ابن القاسم : لا شيء له .

وقال محمد : هي نافذة له علم أو لم يعلم وتكون في المال وفي دية الخطأ فقط وكلام المؤلف يشمل ما إذا طرأ القتل بعد الوصية ، ولم يغيرها ، فإن علم بذي السبب صحت ، وإلا فتأويلان ، كذا قال بعضهم : فقوله : « بالسبب » هو على حذف مضاف ، أو معطوف أي بذي السبب ، أو بالسبب وصاحبه هكذا قالوا ، وهذا لا يحتاج إليه ؛ لأن المراد بالسبب في كلامه السبب الفاعلي ؛ أي السبب الفاعل للقتل وهو عين القاتل والسبب يكون فاعليًا وصوريًا وماديًا وغائيًا كما قالوه في السرير وانظر الشرح الكبير » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٢٦) : « واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلًا خطأ فعفا المجروح . فقال أحمد : يعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قولي الشافعي ﷺ ؛ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له ، كالذمي وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطل تدبيره ، والتدبير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية أولى ؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنعه .

وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها جمعًا بين نصي أحمد في الموضعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما إذا تقدمت ، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ؛ لأنه يبطل ما هو آكد منها ، يحققه أن القتل إنما منع الميراث ، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده ، وهو منع الميراث ، دفعًا لمفسدة قتل الموروثين ، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه أيضًا ، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية ، فإنه ربما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصية ، فإنه لم يقصد به استعجال مال ؛ لعدم انعقاد سببه ، والموصِي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا ، كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث ، وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه ، صح تدبيره » .

فإن كان متسببًا في القتل كما إذا حفر شخص بئرًا في غير ملكه فاتفق أن الموصي وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية ؛ لأنه غير قاتل حقيقة .

٣١٠٠ – ولا فرق بين أن يكون الإيصاء حصل قبل القتل المانع أو بعده ، أما الأول : فظاهر .

وأما الثاني : فيصور بما إذا فرض أن شخصًا جرح غيره جرحًا يؤدي إلى موته ، فأوصى له قبل أن يموت بشيء من أمواله بأن كان لا يعلم أنه هو الضارب له .

٣١٠١ – ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك أدانته أو كان يعلم ولكنه تحقق أنه غير قاصد ، وإنما كان القتل مانعًا من استحقاق الوصية لقوله عليه والصلاة والسلام : « **لا وصية للقاتل** »(١) .

٣١٠٢ – والقتل العمد لا يَحْرِم من الوصية إلا إذا كان بغير حق . فإن كان بحق كما إذا قتل مُوصيه قصاصًا أو حدًّا بأن قتل الزوج زوجته ، أو ذات رحم من محارمه الإناث لأجل الزنى ؛ فإنه يستحق الوصية ، لكن لا بد من تحقق الزنى ، أما بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفعًا عن نفسه كما إذا أراد الموصي قتل الموصى له ولا يمكن دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله استحق الوصية .

٣١٠٣ – ومثله ما إذا كان القاتل صبيًّا أو مجنونًا ، فإنه يستحق الموصى به أيضًا ، ولكن يقال : كيف تستثنى هذه الصور مع أن مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : « **لا وصية للقاتل** » أنه لا يستحق مطلقًا ؟!.

والجواب عن ذلك : أنه إنما أخرج القاتل بحق ؛ لأن الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فإذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا حرمان من الوصية .

٣١٠٤ – وإنما أخرج القاتل بسبب ؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة ، ألا ترى أنه لو حفر بئرًا في ملكه لم يؤخذ بشيء مع أن القاتل يؤخذ بفعله ، سواء كان في ملكه أو في ملك غيره وإذا لم يكن قاتلًا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية .

٣١٠٥ – وإنما أخرج الصبي والمجنون ؛ لأن الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعًا ؛ إذ لا يتصور خطاب الشارع لهما بخلاف المخطئ ، فإنه أهل لذلك وأيضًا الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ويتصور نسبة التقصير إلى

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٨١/٦) ، وسنن الدارقطني (٢٣٦/٤) (١١٥) ، بلفظ : « ليس لقاتل وصية » .

المخطئ دونهما وكل هذه الأحكام متفق عليها من الإمام وصاحبيه .

٣١٠٦ – ولكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية ؛ إذ لم تجز الورثة فإن أجازوها نفذت ومن حيث إن المنع لحقهم ، فإذا فرضنا أن المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية أيضًا لعدم المانع .

وهذا الحكم ليس متفقًا عليه ، بل القائل به الإمام الأعظم ومحمد .

وقال أبو يوسف : لا تجوز الوصية للقاتِل ولو أجازتها الورثة أو لم يكن للمقتول وارث سواه .

ويظهر أن هذا الخلاف مبني على الخلاف في عِلة الحرمان من الوصية ، فعندهما هي لحق الورثة دفعًا للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم في ماله من سعَى في قتله ، وهذا ينعدم إذا لم يوجد وارث أو وجد وأجاز وعند أبي يوسف عِلة المنع هي العقوبة على الجناية التي ارتكبها وهي باقية وإن لم يكن له وارث غيره أو كان وأجاز .

ومن تأمل في قوله عليه الصلاة والسلام : « **لا وصية للقاتل** » [1] . مع قوله : « **لا وصية لوارث ، إلا أن تجيزها الورثة** » [2] . علم ظهور أحد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بما إذا لم يكن القتل عمدًا بعد الوصية فإن كان كذلك لغت الوصية اتفاقًا ؛ لأنه استعجل شيئًا قبل أوانه فيعاقب بالحرمان منه [3] .

(١ ، ٢) سبق تخريجه .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٣٦) : ١ - تصح الوصية للحمل المعين وفقًا لما يلي :
أ - إذا أقر الموصي بوجود الحمل حين الإيصاء يشترط أن يولد حيًا لسنة فأقل من ذلك الحين
ب - إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حيًا لسنة فأقل من ذلك الحين
ج - إذا لم يكن الموصي مقرًا ولا الحامل معتدة يشترط أن يولد حيًا لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية
د - إذا كانت الوصية لحمل من شخص معين يشترط مع ما تقدم أن يثبت نسب الولد من ذلك الشخص
٢ - توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيًا فتكون له .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٣) أ - يشترط في الوصية لشخص معين قبوله لها بعد وفاة الموصي أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته .
ب - إذا كان الموصى له جنينًا أو قاصرًا أو مَحْجُورًا عليه فلمن له الولاية على ماله قبول الوصية وليس له ردها إلا بإذن القاضي .
ج - لا تتوقف الوصية لشخص غير معين إلى قبول ولا ترد برد أحد .
د - يكون القبول أو الرد عن الجهات والمؤسسات والهيئات ممن يمثلها قانونًا ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية .

(مادة ٥٣٩)

تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ بِشَرْطِ أَنْ يُولَدَ حَيًّا لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ إِنْ كَانَ زَوْجُ الْحَامِلِ حَيًّا ، أَوْ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ أَوِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ إِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً لِوَفَاةٍ أَوْ لِطَلَاقٍ بَائِنٍ حِينَ الْوَصِيَّةِ .

فَإِنْ جَاءَتِ الْمَرْأَةُ بِتَوْأَمَيْنِ حَيَّيْنِ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمَا نِصْفَيْنِ .

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ ، فَوَصِيَّتُهُ مِيرَاثٌ بَيْنَ وَرَثَتِهِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْوِلَادَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥/٧ ، ٣٣٦) : « (وأما) الذي يرجع إلى الموصى له ، فمنها : أن يكون موجودًا ، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية ؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح ، وعلى هذا يخرج ما إذا قال: أوصيت بثُلث مالي لما في بطن فلانة إنها ، إن ولدت لما يعلم أنه كان موجودًا في البطن ؛ صحت الوصية وإلا فلا وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية ، وعند الطحاوي : من وقت وجود الوصية وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية ، فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت ، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت ؛ لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت ، أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنًا أنه كان موجودًا ؛ إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر . وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال أنها علقت بعده . فلا يعلم وجوده بالشك إلا إذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق ، أو وفاة ، فولدت إلى سنتين منذ طلقها ، أو مات عنها زوجها ؛ فله الوصية ؛ لأن نسب الولد يثبت من زوجها إلى سنتين ، ومن ضرورة ثبوت النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصِي والفرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصح ، والوصية صحيحة ؛ لأن الهبة لا صِحة لها بدون القبض ، ولم يوجد ، والوصية لا تقف صحتها على القبض .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٦٩/٤ ، ٧٠) : « (فتصح) الوصية (لحمل) موجود ولو نطفة كما يرث بل أولى لصحة الوصية لمن يرث كالمكاتب . أما لو قال لحملها الذي سيحدث فالأصح البطلان (وتنفذ) بمعجمة (إن انفصل) الحمل (حيًا) حياة مستقرة ، فلو انفصل ميتًا ولو بجناية فلا شيء له كما لا يرث (وعلم وجوده عندها) أي الوصية (بأن انفصل لدون ستة أشهر) منها ؛ لأنها أقل مدة الحمل ، فإذا خرج قبلها علم أنه كان موجودًا عند الوصية ، وسواء أكان لها زوج أم سيد أم لا (فإن انفصل لستة أشهر فأكثر) منها (والمرأة فِراش زوج أو سيد لم يستحق) الموصى به لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، والأصل عدمه عندها فلا يستحق بالشك (فإن لم تكن) أي المرأة الآن (فِراشًا) لزوج أو سيد (وانفصل) الحمل (لأكثر من أربع سنين فكذلك) أي لم يستحق الحمل الموصى له لعدم وجوده عند الوصية (أو لدونه) أي دون الأكثر ، وهو الأربع فأقل (استحق في الأظهر) كما يثبت النسب ؛ ولأن الظاهر وجوده عند الوصية . =

....

= وقيل : لا يستحق لاحتمال العلوق بعد الوصية من وطء شبهة أو زنا ، ورد بأن الأصل عدم ذلك ، ووطء الشبهة نادر ، وفي تقدير الزنا إساءة ظن . نعم لو لم تكن فِراشًا قط لم تستحق شيئًا ، قاله السبكي تفقهًا ، ونقله غيره عن الأستاذ أبي منصور ، وهو كما قال الزركشي ظاهر في الفاسقة ونحوها دون غيرها .

تنبيه : ما ذكره المصنف من إلحاق الستة أشهر بما فوقها والأربع سنين بما دونها هو ما ذكره في أصل الروضة وغيره وهو المعتمد ، وإن صوب الإسنوي وغيره إلحاق الستة بما دونها معللًا ذلك بأنه لا بد من تقدير زمن يسع لحظتي الوطء والوضع كما ذكروه في العدد ، وقد رد ما صوبه بأن لحظة الوطء إنما اعتبرت جريًا على الغالب من أن العلوق لا يقارن أول المدة ، وإلا فالعبرة بالمقارنة فالستة على هذا ملحقة بما فوقها كما جرى عليه المصنف هنا ، وعلى الأول بما دونها كما قالوه في المحل الآخر ، وبذلك علم أن كُلًّا صحيح وأن التصويب سهو وإن جرى ابن المقري على أن الأربعة ملحقة بما فوقها فقدر عليه أيضًا بأنا أثبتنا النسب فيها كما مر فلا تبعض الأحكام ، ولو انفصل توأم لدون ستة أشهر من الوصية ثم آخر لدونها من الولادة استحقا ، وإن زاد ما بين الوصية ، وبين الثاني على ستة أشهر ، والمرأة فِراش لأنهما حمل واحد ، ولو قال : أوصيت لحمل هند من زيد اعتبر ما مر ثبوت نسبه بالشرع من زيد حتى لو ثبت منه ثم نفاه باللعان لم يستحق لعدم ثبوت النسب ، بخلاف ما لو اقتصر على الوصية لحمل فلانة ، ويقبل الوصية للحمل وليه ولو وصيًّا بعد الانفصال حيًّا ، فلو قبل قبله لم يكف كما جرى عليه ابن المقري ، وقيل : يكفي كمن باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتًا وصححه الخوارزمي » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٦٨/٨ ، ١٦٩) : « لمن يصح تملكه كمن سيكون إن استهل ووزع لعدده هذا هو الركن الثاني وهو الموصى له ، وشرطه : أن يكون يصح تملكه للموصى به شرعًا سواء كان بالغًا عاقلًا مسلمًا موجودًا أم لا ، ولذا يصح لحمل سيكون في المستقبل ويستحق الوصية إن استهل صارخًا ، وغلة الموصى به قبل وجود الموصى له للورثة ؛ إذ الولد لا يملك إلا بعد وضعه وتحقق الحياة فيه ، فإن لم يستهل صارخًا لا يستحق الوصية وترد ، وإذا وضعت أكثر من واحد فإن الوصية توزع على عدد الوضع الذكر كالأنثى ؛ لأن ذلك شأن العطايا وهذا عند الإطلاق ، وأما إن نص على التفضيل ، فإنه يصار له فقوله : « إن استهل » شرط في الاستحقاق لا في صحة الوصية ومثل الاستهلال لا يدل على الحياة ككثرة الرضع والضمير في لعدده يرجع للحمل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩٠/٦ ، ٩١) : « (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكًا ، بأن يكون رقيقًا ، أو حمل بهيمة مملوكة له ؛ لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية ، فجرى مجرى إعتاق الحمل ، فإن انفصل ميتًا ، بطلت الوصية ، وإن انفصل حيًّا ، وعلمنا وجوده حال الوصية ، أو حكمنا بوجوده ، صحت الوصية ، وإن لم يكن كذلك ، لم تصح ؛ لجواز حدوثه . ولو قال : أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه ، أو ناقتي هذه ، أو نخلتي هذه ؛ جاز ؛ لما ذكرنا من صحتها مع الغرر .

وأما الوصية للحمل ، فصحيحة أيضًا ، لا نعلم فيه خلافًا ، وبذلك قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث ، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته ، إلى الموصى له ، بغير عوض ، كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية ؛ =

٣١٠٧ - وقد تقدم في الكلام على شروط الوصية أنه يشترط في الموصى له أن يكون حيًا وقت الوصية ، سواء كانت حياته محققة أو مقدرة ، فالأولى ظاهرة والثانية تأتي في الحمل ، فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة ، والفرق بينهما أن الوصية استخلاف من وجه ؛ لأن الموصي يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة فإنها تمليك محض ولا ولاية لأحد على الجنين حتى يملكه شيئًا .

= بقوله سبحانه : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وقال سبحانه : ﴿ فَإِن كَانُوٓا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى الثُّلُثِ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ﴾ . والحمل يرث ، فتصح الوصية له ؛ ولأن الوصية أوسع من الميراث ، فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد ، بخلاف الميراث ، فإذا ورث الحمل ، فالوصية له أوْلَى ؛ ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر ، فتصح للحمل ، كالعتق . فإن انفصل الحمل ميتًا ، بطلت الوصية ؛ لأنه لا يرث ، ولأنه يحتمل أن لا يكون حيًا حين الوصية ، فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك .

وسواء مات لعارض ، من ضرب البطن ، أو ضرب دواء ، أو غيره ؛ لما بينا من أنه لا يرث . وإن وضعته حيًا ، صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية . نقل الخرقي ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر . وليس ذلك شرطًا في كل حال ، لكن إن كانت المرأة فراشًا لزوج أو سيد يطؤها ، فأتت به لستة أشهر فما دون ، علمنا وجوده حين الوصية ، وإن أتت به لأكثر منها ، لم تصح الوصية له ؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية .

وإن كانت بائنًا فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل من ذلك ، صحت الوصية له ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة . وهذا مذهب الشافعي . وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها ، صحت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ، وإن كان منتفيًا باللعان ، أو دعوى الاستبراء ، لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبه المشروط في الوصية ، فأما إن كانت المرأة فِراشًا لزوج أو سيد ، إلا أنه لا يطؤها ؛ لكونه غائبًا في بلدٍ بعيدٍ ، أو مريضًا مرضًا يمنع الوطء ، أو كان أسيرًا أو محبوسًا ، أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما إذا كان يطؤها ؛ لأنهما لم يفترقا في لحُوق النسب بالزوج والسيد ، فكانت في حكم من يطؤها .

ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال ، لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودًا حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودًا بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملًا ، صحت الوصية له ؛ لأنه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهرًا ، فينبغي أن تثبت له الوصية ، والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطًا للنسب ؛ فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيدًا ، ولا يلزم من إثبات النسب بمطلق الاحتمال ، نفي استحقاق الوصية ؛ فإنه لا يحتاط لإبطال الوصية ، كما يحتاط لإثبات النسب ، فلا يلزم إلحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط له مع ظهور ما يثبته ويصححه » .

وينبني على انتفاء الولاية على الحمل : أنه لو صالح أبوه أو أمه عنه بما أوصى له به لم يجز ؛ لأن الحمل لا يلي ولا يولى عليه .

٣١٠٨ - ثم إن الحمل لا يستحق الموصى به إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، فلو ولد لتمام ستة أشهر أو لأكثر ؛ احتمل وجوده وعدمه وقتها فلا تصح ؛ لأن شرط صحة الوصية أن يكون الموصى له محققًا وجوده وقتها .

هذا إذا لم يقر الموصي بأنها حامل ، فإن أقر بذلك ثبتت الوصية له إن وضعته في مدة سنتين من يوم أوصى ؛ لأن وجوده في بطنها عند الوصية ثبت بإقرار الموصي وهو غير متهم فيه فيصح ؛ لأنه أوجب بهذا الإقرار ما هو خالص حقه وهو الثُلث فيلحق بما لو صار معلومًا يقينًا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر . ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إذا كان زوج المرأة الموصي لحملها حيًا ، فلو كان ميتًا وامرأته في العِدَّة حين الوصية فالشرط في استحقاق الحمل للموصى به أن تلده لأقل من سنتين من وقت الوفاة ، ولو كانت ولادته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ؛ لأنه يكون ثابت النسب من المتوفي فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح له.

ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فإن وضعت المرأة الموصي لحملها ولدًا واحدًا استحق جميع الموصى به ، لعدم المزاحم ، أما إذا ولدت توأمين وهما الولدان اللذان خُلقا من ماء واحد بأن يكون بينهما في الولادة أقل من ستة أشهر .

٣١٠٩ - فإن كانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قُسم أثلاثًا ؛ لأننا لو أعطيناه لواحد منهما أو منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح إذ الكل حمل وهو لا يجوز .

وينبني على ذلك : أنه إذا مات أحدهما أو أحدهم بعد ولادته حيًا فنصيبه في الوصية يُقسم بين ورثته ؛ لأنه استحقه قبل وفاته فهو من تركته ، أما إذا مات قبل الولادة فالوصية للحي لعدم استحقاق الميت شيئًا فلا يزاحم الحي (١) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢١٣) : ١ - الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة تصرف في وجوه الخير .

٢ - الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة تصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو قرينة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٢) أ - تصح الوصية ولو مع اختلاف الدين أو الجنسية .

=

(مادة ٥٤٠)

تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْمَسَاجِدِ وَالتَّكَايَا وَالْمَارِسْتَانَاتِ وَالْمَدَارِسِ ، وَتُصْرَفُ عَلَى عِمَارَتِهَا وَفُقَرَائِهَا وَسِرَاجِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَلْزَمُ .

وَيُعْتَبَرُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مَا هُوَ مُتَعَارَفٌ فِي الْوَصِيَّةِ لَهُ وَمَا يُوجَدُ مِن الدَّلالاتِ ، وَتَجُوزُ لأَعْمَالِ الْبِرِّ ، وَتُصْرَفُ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ . وَمِنْهَا : بِنَاءُ الْقَنَاطِرِ ، وَبِنَاءُ الْمَسَاجِدِ وَسِرَاجُهَا ، وَطَلَبَةُ الْعِلْمِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الأَعْمَالِ النَّافِعَةِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا تَمْلِيكٌ لأَحَد مَخْصُوصٍ .

* * *

٣١١٠ - وإذا وقعت الوصية لمن هو من أهل الاستحقاق صحت بالإجماع فإن كانت لغيره كالمساجد والتكايا والمستشفيات والمدارس ؛ صحت أيضًا على المفتى به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الأشياء لا على إرادة عينها ؛ لأنها ليست من أهل الملك .

٣١١١ - ومتى صحت الوصية لهذه الأشياء يصرف الموصى به على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها ، ومما هو متعارف بالنسبة للوصية ، وكما تجوز الوصية لهذه الأشياء تجوز لأعمال البِر ويصرف الموصى به في وجوه الخير ؛ كبناء القناطر والمساجد والإنفاق على طلبة العلم ، ونحو ذلك من الأعمال النافعة التي ليس فيها تمليك لأحد مخصوص .

= ب - تصح الوصية لفئة محصورة أو غير محصورة ولوجوه البِر ، وللمؤسسات الخيرية ، والمؤسسات العلمية ، وغيرها من الهيئات العامة .

المادة (٢٤٣) أ - تصرف الوصية لوجوه البِر والمؤسسات الخيرية والعلمية على مصالحها من إدارة وعمارة ونزلاء وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعُرف أو دلالة .

ب - تصرف غلة الموصى به للمؤسسات المنتظرة لأقرب مجانس لها إلى حين وجودها .

(مادة ٥٤١)

اخْتِلَافُ الدِّينِ وَالْمِلَّةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ مِنَ الْمُسْلِمِ لِلذِّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمَنِ بِدَارِ الإِسْلَامِ ، وَمِنَ الذِّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمَنِ لِلْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ مِلَّتِهِ .

وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأْمَنِ الَّذِي لَا وَارِثَ لَهُ بِدَارِ الإِسْلَامِ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِنْ أَوْصَى بِبَعْضِهِ ، يُرَدُّ الْبَاقِي إِلَى وَرَثَتِهِ ، وَتَنْفُذُ وَصِيَّةُ الذِّمِّيِّ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ لِغَيْرِ الْوَارِثِ ، وَلَا تَنْفُذُ لِلْوَارِثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ الأُخَرِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥/٧) : « ومنها رضا الموصي ؛ لأنها إيجاب مِلك ، أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب المِلك بسائر الأشياء فلا تصح ، وصية الهازل ، والمكره ، والخاطئ ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا .

وأما إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذي بالمال للمسلم ، والذمي في الجملة ؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك ألا ترى : أنه يصح بيع الكافر ، وهِبته فكذا وصيته ، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم ، أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه ؛ لأنه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الإسلام ، أو ألزمه من غير التزامه لإمكان إجراء الإحكام عليه ما دام في دار الإسلام ، ومن أحكام الإسلام : أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه . وإن لم يكن له وارث أصلًا : تصح من جميع المال ، كما في المسلم ، والذمي . وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب ؛ لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة . وحقهم غير معصوم ؛ لأنه لا عصمة لأنفسهم ، وأموالهم ؛ فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى . وذكر في الأصل ، ولو أوصى الحربي في دار الحرب بوصية ، ثم أسلم أهل الدار ، أو صاروا ذمة ، ثم اختصما إلي في تلك الوصية ، فإن كانت قائمة بعينها أجزتها ، وإن كانت قد استهلكت قبل الإسلام أبطلتها ؛ لأن الحربي من أهل التمليك .

ألا يرى : أنه من أهل سائر التمليكات كالبيع ، ونحوه فكانت وصيته جائزة في نفسها إلا أنه ليس لنا ولاية إجراء أحكام الإسلام ، وتنفيذها في دارهم ، فإذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها ما دام الموصى به قائمًا ، فأما إذا صار مستهلكًا أبطلنا الوصية ، وألحقناها بالعدم ؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا ، أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض . وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا .

وجاء فيه أيضًا (٣٤١/٧ ، ٣٤٢) : « ومنها أن لا يكون حربيًا عند مستأمن ، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي ؛ لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون إعانة له على الخراب ، وإنه لا يجوز . وأما كونه مسلمًا ، فليس بشرط حتى لو كان ذميًا ، فأوصى له مسلم أو ذمي ؛ جاز .

وكذا لو أوصى ذمي ذميًا لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا قبلوا عقد الذمة ، فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلم أن يوصي مسلمًا أو ذميًا كذا لهم ، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل =

....

= ملته لعموم الحديث ؛ ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم ، وذا لا يمنع جواز الوصية ، فهذا أولى . وإن كان مستأمنًا ، فأوصى له مسلم ، أو ذمي . ذكر في الأصل أنه يجوز ؛ لأنه في عهدنا ، فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا ، وتجوز الوصية للذمي . وكذا الحربي المستأمن وروي عن أبي حنيفة ﷺ أنه لا يجوز ، وهذه الرواية بقول أصحابنا - رحمهم الله - : أشبه فإنهم قالوا : إنه لا يجوز صرف الكفارة ، والنذر ، وصدقة الفطر ، والأضحية إلى الحربي المستأمن لما فيه من الإعانة على الحراب ، ويجوز صرفها إلى الذمي ؛ لأنا ما نهينا عن بر أهل الذمة لقوله ﷻ : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ﴾ وقيل : إن في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة ، والهبة روايتين عن أصحابنا ، فالوصية له على تلك الروايتين أيضًا ، وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثُلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز ؛ لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله ﷻ بإخراج ماله إلى الله ﷻ لا التمليك إلى أحد ، ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية ؛ فهو باطل ؛ لأنه معصية . ولو أوصى الذمي بثُلث ماله للبيعة ، أو لكنيسة أن ينفق عليها في إصلاحها . أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم ، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ؛ جاز في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وعندهما لا يجوز .

وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة : أنها لا تخلو إما أن كان الموصى به أمرًا ، هو قربة عندنا وعندهم ، أو كان أمرًا هو قربة عندنا لا عندهم ، وإما أن كان أمرًا هو قربة عندهم لا عندنا . فإن كان الموْصى به شيئًا ؛ هو قربة عندنا وعندهم بأن أوصى بثُلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة ، أو بعتق الرقاب ، أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعًا ؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة . وإن كان شيئًا هو قربة عندنا ، وليس بقربة عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه ، أو أوصى أن يبني مسجدًا للمسلمين ، ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعًا ؛ لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم ، فكان مستهزئًا في وصيته ، والوصية يبطلها الهزل ، والهزل وإن كان شيئًا هو قربة عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة ، أو بيت نار أو بعمارة البيعة ، أو الكنيسة ، أو بيت النار ، أو بالذبح لعيدهم ، أو للبيعة ، أو لبيت النار ذبيحة ، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا إن عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يجوز ، وعندهما لا يجوز ، وجه قولهما : أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية ، والوصية بالمعاصي لا تصح .

وجه قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إن المعتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة ؛ لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقة ؛ ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا ، وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين ؛ فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم ، وقد وجد ولكنا أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون ، كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم .

ولو بنى الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثًا بين ورثته في قولهم جميعًا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما ، فظاهر ؛ لأنه معصية . وأما عنده : فلأنه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل دارا وقفًا إن مات ؛ صارت ميراثًا ، كذا هذا ، **فإن قيل** : لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين ؟ **فالجواب** : أن حال المسجد يخالف حال البيعة ؛ لأن المسجد صار خالصًا لله تبارك وتعالى ، =

....

= وانقطعت عنه منافع المسلمين . **وأما البيعة** : فإنها باقية على منافعهم ، فإنه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم ، فكانت باقية على منافعهم ، فأشبه الوقف فيما بين المسلمين ، والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل مِلك الرقبة عنده ، فكذا هذا . ولو أوصى مسلم بغلة جاريته أن تكون في نفقة المسجد ومؤنته فانهدم المسجد ، وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه ؛ لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدًا ، وقد أوصى له بغلتها ، فتنفق في بنائه وعمارته ، والله ﷻ أعلم » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٧٢/٤) : « (وتصح) الوصية (لذمي) بما يصح تملكه له كما يجوز التصدق عليه ، ففي الحديث الصحيح : « في كل كبد حراء أجر » وعن البيهقي : « أن صفية رضي الله تعالى عنها أوصت لأخيها بألف دينار وكان يهوديًا » أما ما لا يصح تملكه له كالمصحف والعبد المسلم فلا تصح الوصية له به ، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأمن كما قاله في التتمة (وكذا حربي) معين سواء أكان بدارنا أم لا بما له تملكه لا كسيف ورمح (و) كذا (مرتد) معين لم يمت مرتدًا تصح الوصية لكل منهما (في الأصح) كالهبة والصدقة ، وقيل بالمنع للأمر بقتلهما فلا معنى للوصية لهما كالوقف عليهما ، وفرق الأول بأن الوقف يراد للدوام وهما مقتولان بكفرهما بخلاف الوصية ، فإن مات مرتدًا تبين بطلان الوصية .

تنبيه : مسألة المرتد مزيدة على المحرر من غير تمييز ، وقضية كلام الإمام أنه لو لحق بدار الحرب وامتنع منا لا تصح الوصية له قطعا ، وهو كما قال الزركشي متجه ، وعلم مما تقرر أنه لا يشترط في الوصية للذمي التعيين بخلاف الحربي والمرتد ، فتصح لأهل الذمة دون أهل الحرب والردة فلا تصح لهما كما صرح به ابن سراقة ، ولو أوصى لمن يرتد بطلت أو لمسلم فارتد لم تبطل ، قاله الماوردي ، وقياسه البطلان فيمن لو أوصى لمن يحارب (و) كذا (قاتل) ولو تعديا تصح الوصية له (في الأظهر) ؛ لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة وخالفت الإرث ، والثاني : المنع لأنه مال يستحق بالموت فأشبه الإرث ، وصورته : أن يوصي لجارحه ثم يموت أو لإنسان فيقتله ، ومن ذلك : قتل سيد الموصى له الموصي ؛ لأن الوصية لعبد وصية لسيده كما مر ، فلو أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعديًا فباطلة كما في الكفاية في الأولى ومثلها الثانية أو بحق فيظهر فيها الصحة كما بحثه الزركشي في الثانية ومثلها الأولى » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٦٨/٨) : « (ص) وكافرًا إلا بخمر لمسلم (ش) يعني أن الكافر تصح وصيته لانطباق الحد عليه ؛ إذ هو حُر مميز مالِك إلا إذا أوصى لمسلم بشيء لا يملكه المسلم كخمر ونحوه ، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح ؛ لأن الكافر يملك ذلك ثم يصح نصبه عطفًا على سفيهًا وجره عطفًا على حر فهو من عطف الخاص على العام ذكره لأجل الاستثناء » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢١/٦) : « وتصح وصية المسلم للذمي ، والذمي للمسلم ، والذمي للذمي . روي إجازة وصية المسلم للذمي عن شريح ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

وقال محمد ابن الحنفية ، وعطاء ، وقتادة ، في قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗاۚ ﴾ هو وصية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد : حدثنا سفيان ، عن أيوب ، عن عكرمة : أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف ، وكان لها أخ يهودي ، فعرضت عليه أن يُسْلِم فيرث ، فأبى ، فأوصت له =

٣١١٢ - ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين : وينبني على ذلك : أن وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ (١) .

إنما يشترط لصحة هذه الوصية أن يكون الموصى له ذميًا أو مستأمنًا في دار الإسلام ، فلو كان حربيًا لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ ﴾ (٢) . فما علينا إلا امتثال الأمر .

٣١١٣ - وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح أيضًا إذا كانت من غيره له ، فتجوز وصية الذمي والمستأمن للمسلم حتى أن المستأمن لو أوصى بجميع ماله لمسلم نفذت إذا لم يكن له وارث .

فإن كان ولم تجز ، نفذت في الثُلث فقط فيرد الباقي إلى ورثته .

٣١١٤ - وبالجملة : فإننا نحكم على وصية الذمي والمستأمن بالأحكام التي حكمنا بها على وصية المسلم وهي المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمسة التي

= بثُلث المائة ؛ ولأنه تصح له الهبة ، فصحت الوصية له ، كالمسلم ، وإذا صحت وصية المسلم للذمي ، فوصية الذمي للمسلم والذمي للذمي أولى . ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه ، أو لأجنبي ، بأكثر من ثُلثه ، وقف على إجازة الورثة ، كالمسلم سواء . وتصح الوصية للحربي في دار الحرب . نص عليه أحمد ، وهو قول مالك ، وأكثر أصحاب الشافعي .

وقال بعضهم : لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل برِه . ولنا ، أنه تصح هبته ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقد روي : أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير ، فقال : يا رسول الله كسوتنيها ، وقد قلت في حلة عطارد ما قلت ؟ فقال : « إني لم أعطكها لتلبسها » . فكساها عمر أخا مشركًا له بمكة . وعن أسماء بنت أبي بكر ، قالت : أتتني أمي وهي راغبة - تعني الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ، أتتني أمي وهي راغبة ، أفأصِلها ، قال : « نعم » . وهذان فيهما صِلة أهل الحرب وبرهم . والآية حجة لنا في من لم يقاتل ، فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له ، وإن احتج بالمفهوم ، فهو لا يراه حجة . ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة ، والوصية في معناها . فأما المرتد ، فقال أبو الخطاب : تصح الوصية له ، كما تصح هِبته . وقال ابن أبي موسى : لا تصح ؛ لأن ملكه غير مستقر ، ولا يرث ، ولا يورث ، فهو كالميت ؛ ولأن ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة ، فلا يثبت له المِلك بالوصية » .

(١) الممتحنة : ٨ . (٢) الممتحنة : ٩ .

بعدها (١) .

(مادة ٥٤٢)

لَا يُمْلَكُ الْمُوصَى بِهِ إِلَّا بِقَبُولِ الْوَصِيَّةِ صَرِيحًا أَوْ دِلَالَةً كَمَوْتِهِ قَبْلَ قَبُولِهِ وَرَدِّهِ كَمَا يَأْتِي ، وَلَا يَصِحُّ قَبُولُهَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْقَبُولِ وَالرَّدِّ فِي حَالِ حَيَاتِهِ (٢) .

فَإِنْ قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، ثَبَتَ لَهُ مِلْكُ الْمُوصَى بِهِ ، سَوَاءٌ قَبَضَهُ أَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ .

فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ أَوْ يردَّ ، فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ لَا يَمْلِكُهَا الْوَارِثُ وَلَا الْمُوصَى لَهُ بِهَا حَتَّى يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ أَوْ يَمُوتَ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَبْلَ الْقَبُولِ أَوِ الرَّدِّ ، دَخَلَ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ (٣) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢١٥) : ١ - تصح الوصية للأشخاص مع اختلاف الدين والملة بينهم وبين الموصي .
٢ - إذا كان الموصى له أجنبيًا تشترط المعاملة بالمثل .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٢) أ - تصح الوصية ولو مع اختلاف الدين أو الجنسية .
ب - تصح الوصية لفئة محصورة أو غير محصورة ولوجوه البر ، وللمؤسسات الخيرية ، والمؤسسات العلمية ، وغيرها من الهيئات العامة .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٣٦) إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي من دون أن يصدر عنه قبول ولا رد انتقل ذلك الحق إلى ورثته .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٣١/٧ ، ٣٣٢) : « وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله - : هو الإيجاب والقبول : الإيجاب من الموصي ، والقبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعًا لا يتم الركن ، وإن شئت قلت : ركن الوصية الإيجاب من الموصي ، وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر .
وقال زفر رحمه الله : الركن هو الإيجاب من الموصي فقط . (وجه) قول زفر : أن مِلك الموصى له بمنزلة مِلك الوارث ؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ، ثم مِلك الوارث لا يفتقر إلى قبوله . وكذا مِلك الموصى له .
ولنا : قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ فظاهره أن لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت المِلك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه ، وهذا منفي إلا ما خص بدليل ؛ ولأن القول بثبوت المِلك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين : أحدهما : أنه يلحقه ضرر المِنَّة ؛ ولهذا توقف ثبوت المِلك للموهوب له على قبوله دفعًا لضرر المِنَّة ، والثاني : أن الموصى به قد يكون شيئًا يتضرر به الموصى له ، =

....

= كالعبد الأعمى والزمن ، والمقعد ، ونحو ذلك ، وإلى هذا أشار في الأصل فقال : أريت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء ، أو أبى ، وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه المِلك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه وإلزام من له ولاية الإلزام ؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضرر ، فلا يلزمه ، بخلاف مِلك الوارث ؛ لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام ، وهو الله - تبارك وتعالى - فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداء . وعلى هذا يخرج ما إذا كان الموصى له أنه لا يعتق عليه ما لم يقبل ، أو يمت من غير قبول ؛ لأنه لا عتق بدون المِلك ولا مِلك بدون القبول ، أو بدون عدم الرد ، ووقوع اليأس عنه ، ولم يوجد القبول منه ، ولا وقع اليأس عن الرد ما دام حيًا فلا يعتق .

ولو مات الموصي ، ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكًا لورثة الموصى له استحسانًا ، والقياس : أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار إن شاءوا قبلوا ، وإن شاءوا ردوا . (وجه) القياس الأول : أن القبول أحد ركني العقد ، وقد فات بالموت ، فيبطل الركن الآخر كما إذا أوجب البيع ، ثم مات المشتري قبل القبول ، أو أوجب الهبة ، ثم مات الموهوب له قبل القبول ، أنه يبطل الإيجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني : أن الموصى له في حياته كان له القبول ، والرد فإذا مات تقوم ورثته مقامه .

(وجه) الاستحسان : أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه ، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه ، وقد حصل ذلك بموته فتم الركن . (وأما) على عبارة القبول فنقول : إن القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد ، وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى له بجاريته التي ولدت من الموصى له بالنكاح أنها لا تصير أم ولد له ما لم يقبل الوصية ، أو يموت قبل القبول ، فإذا مات صارت أم ولد له ؛ لأنه مِلك جارية قد ولدت منه بالنكاح ، فتصير أم ولد له ، وينفسخ النكاح ، وإن لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات ، أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ، ولو كان حيًا ولم يعلم بالوصية ، وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولادًا ، ثم علم بالوصية ، فهو بالخيار إن شاء قَبِل الوصية ، فكانت الجارية أم ولد له ، وأولادها أحرار إن كانوا يخرجون من الثلث ، وإن شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له ؛ لأن قبوله شرط ، فإن قبل ، فقد صارت الجارية أم ولد له ؛ لأنه ملكها بالقبول . ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصي فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية ؛ لأنه أضاف الثلث إليهما ، وقد صحت الإضافة فانصرف إلى كل واحد منهما نصف الثلث فإذا رد أحدهما الوصية ارتد في نصفه وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل كمن أقر بألف لرجلين فرد أحدهما إقراره ارتد في نصيبه خاصة ، وكان للآخر نصف الإقرار كذا ههنا ، بخلاف ما إذا أوصى بالثلث لهذا ، والثلث لهذا فردَّ أحدهما وقبل الآخر أن كل الثلث للذي قبل إلا أنه إذا قبل صاحبه يُقسَّم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له ، وإذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية فوقت القبول ما بعد موت الموصي ، ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ، ثم قبل بعده صح قبوله ؛ لأن الوصية إيجاب المِلك بعد الموت ، والقبول أو الرد يعتبر ، كذا الإيجاب ؛ لأنه جواب ، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال . ونظيره إذا قال لامرأته : إذا جاء غد فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول أو الرد إذا جاء غد كذا هذا ، فإذا كان التصرف يقع إيجابًا بعد الموت يعتبر القبول بعده » .

وجاء فيه أيضًا (٣٣٤/٧) : « وأما شرائط الركن فهو أن يكون القبول موافقًا للإيجاب ، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول ؛ لأنه إذا خالفه لم يرتبط فبقي الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن . =

....

= **قول الشافعية**: جاء في أسنى المطالب (٤٣/٣) : « (وأما القبول فيجب في الوصية لمعين) كالهبة . فلو قبل بعض الموصى به ففيه احتمالات للغزالي ونظيره الهبة ، والأرجح فيها البطلان ، لكن القبول في الوصية على التراخي ، كما سيأتي فهي دونها ودخل في المعين المتعدد المحصور كبني زيد ؛ فيتعين قبولهم ويجب استيعابهم ، والتسوية بينهم ، نعم إن كان المعين غير آدمي كمسجد ، قال الأذرعي : فالأقرب أنه كالوصية لجهة عامة فلا يحتاج إلى قبول ، وسيأتي أنه لا يعتبر قبول المعين في الوصية له بالعتق بغير لفظها قال الزركشي : وظاهر كلامهم أن المراد القبول اللفظي ، ويشبه الاكتفاء بالفعل وهو الأخذ ، كالهدية (لا) في الوصية (لجهة عامة كالفقراء) والقبيلة كالهاشمية والمطلبية والعلوية فلا يجب فيها القبول لتعذره كما في الوقف ؛ بل تلزم الوصية بالموت ويجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم ، وسيأتي (ولا يصح قبل الموت) للموصي (قبول ولا رد) للوصية فلمن قبل في الحياة الرد بعد الموت وبالعكس إذ لا حق له قبله ؛ لأن الوصية إيجاب مِلك بعد الموت فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع (ولا يشترط الفور في القبول) بعد موت الموصي وإنما يشترط في العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط القبول بالإيجاب مع أنه لو اشترط الفور لاشترط عقب الإيجاب ويفارق الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ؛ لأنهما لدفع الضرر فيبطلان بالتأخير (ويصح الرد بين الموت والقبول لا بعدهما ولو لم يقبض) الموصى له ما أوصى له به ؛ لأن المِلك قد حصل فلا يرتفع بالرد كما في البيع ، فإن راضى الورثة فهو ابتداء تمليك منه لهم ، وما ذكره من عدم صحة الرد قبل القبض هو ما صححه الأصل ، وقال الإسنوي : إنه المفتى به ، وخالف النووي في تصحيحه فصحح الصحة ، قال الأذرعي : وهو الصحيح المنصوص عليه في الأم وجرى عليه العراقيون ؛ لأن ملكه قبل القبض لم يتم ، ورد ما قاله الإسنوي قال : ولعل الرافعي تبع البغوي في الترجيح » .

قول المالكية: جاء في شرح الخرشي (١٦٩/٨) : « بلفظ أو إشارة مفهمة هذا هو الركن الثالث وهي الصيغة والمعنى أن الوصية تكون بلفظ صريح كأوصيت ، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة وظاهره ، ولو من القادر على الكلام خلافا لابن شعبان وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت يعني أن الوصية إذا كانت لشخص معين كزيد مثلًا ، فإن قبوله لها بعد موت الموصي شرط في وجوبها له ، وأما إذا كانت على غير معين كالفقراء ، فإنه لا يشترط في حقهم القبول بعد الموت ؛ لتعذر ذلك من جميعهم ، واحترز بقوله : « بعد الموت » مما لو قبل في حياة الموصي ، فإن ذلك لا يفيده شيئًا إذ للموصي أن يرجع في وصيته ما دام حيًا ؛ لأن عقد الوصية غير لازم حتى لو ردَّ الموصى له قبل موت الموصي فله أن يرجع ويقبل بعده قاله مالك ، وإذا قبل بعد الموت بقرب أو بعد طول زمان ، فإن الغلة الحادثة بعد الموت وقبل القبول تكون للموصى له ؛ لأن المِلك انتقل إليه بمجرد الموت ، قوله : « المعين » أي البالغ الرشيد وإلا فوليه يقبل له بخلاف الحوز في الوقف والهبة ، فيكفي حوز الصغير والسفيه كما مر ، فلو مات المعين قبل القبول فلوارثه القبول مات قبل العلم ، أو بعده اللَّهمَّ إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه ، فليس لوارثه القبول .

وقوله : « شرط » أي في اللزوم أي في لزومها للموصي فلا ينافيه قوله : « فالملك له بالموت » ؛ لأن القبول بعد الموت كاشف لملكه بالموت لا في الصحة ؛ لأنها صحيحة مطلقًا لكن قضية قوله : « فالملك له بالموت » أن الغلة كلها له ، وقضية قوله : « وقوم بغلة » حصلت بعده أنه لا غلة له ويدفع هذا بأنه وإن كان المِلك له بالموت إلا أن العبرة يوم التنفيذ كما قاله بعد ، فقوله له : « بالموت » وقوله : « يوم التنفيذ » لا يغني أحدهما عن الآخر » . =

....

= قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/٧٠ ، ٧١) : « (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصي) اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد ، بعد موت الموصي ، فذهب الخرقي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد ؛ لأنه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته ، لقوله عليه السلام : « من ترك حقًا فلورثته » . وكخيار الرد بالعيب ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل ؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فإذا مات من له القبول قبله ، بطل العقد ، كالهبة . قال القاضي : هو قياس المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت ، كخيار المجلس والشرط ، وخيار الأخذ بالشفعة . وقال أصحاب الرأي : تلزم الوصية في حق الوارث ، وتدخل في ملكه حكمًا بغير قبول ؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي ، وإنما الخيار للموصى له ، فإذا مات ؛ بطل خياره ، ودخل في ملكه ، كما لو اشترى شيئًا على أن الخيار له ، فمات قبل انقضائه .

ولنا : على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له ، أنها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ؛ ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذي ذكرنا . ويفارق الهبة والبيع قبل القبول ، من الوجهين اللذين ذكرناهما ، وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له ، ولا يصح قياسه على الخيارات ؛ لأنه لم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي .

ولنا : على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك ، فلم يلزم قبل القبول ، كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا ، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ، قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا ، إن رد الوارث الوصية بطلت ، وإن قبلها صحت ، وثبت المِلك بها . وإن كان الوارث جماعة ، اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ، ثبت للقابل حصته ، وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف ، قام وليه مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها فردها ، لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك . وإن كان الحظ في ردها فقبلها ، لم يصح قبوله ؛ لأن الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه . فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له ، وكان على الصبي ضرر في ذلك ، بأن تلزمه نفقة الموصى به ، لكونه فقيرًا لا كسب له ، والمولى عليه مُوسِر ، لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب ، أو كون المولى عليه فقيرًا لا تلزمه نفقته ، تعين قبول الوصية ؛ لأن في ذلك نفعًا للمولى عليه ، لعتق قرابته ، وتحريره ، من غير ضرر يعود عليه ، فتعين ذلك . والله أعلم . ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول ، في قول جمهور الفقهاء ، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ؛ لأنها تمليك مال لمن هو من أهل المِلك متعين ، فاعتبر قبوله ، كالهبة والبيع .

قال أحمد : الهِبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم ، كبني هاشم وتميم ، أو على مصلحة كمسجد أو حج ، لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره ، كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به ، مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير ، لم يعتق عليه ؛ ولأن المِلك لا يثبت للموصى لهم ، بدليل ما ذكرنا من المسألة ، وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله . =

٣١١٥ - ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك إذ هي عقد ؛ ولذا لا يملك الموصى له الموصى به إلا بالقبول ؛ إذ لا يملك أحد إثبات المِلك لغيره بدون اختياره .

= أما الآدمي المعين ، فيثبت له المِلك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتعين القبول باللفظ ؛ بل يُجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى ، كقولنا في الهِبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخي . ولا يكون إلا بعد موت الموصي ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ، ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت المِلك له من حين القبول ، في الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروي عن الشافعي . وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهًا آخر ، أنه إذا قبل ، تبينا أن المِلك ثبت حين موت الموصي . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهِبة والبيع ؛ ولأنه لا يجوز أن يثبت المِلك فيه للوارث ؛ لأن اللّه تعالى قال : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ ؛ ولأن الإرث بعد الوصية ، ولا يبقى للميت ؛ لأنه صار جمادًا لا يملك شيئًا . وللشافعي قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا .
ولنا : أنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول ، فلم يسبق المِلك القبول ، كسائر العقود ؛ ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ؛ ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطًا أو جزءًا من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ؛ ولأن المِلك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .
فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتي بشهر . ثم مات ، تبينًا وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطًا في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر ؛ لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود ؛ فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ، لا يظهر له أثر ، بخلاف مسألتنا .
قولهم : إن المِلك لا يثبت للوارث . ممنوع ؛ فإن المِلك ينتقل إلى الوراث بحكم الأصل ، إلا أن يمنع منه مانع . وقول اللّه تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ . قلنا : المراد به وصية مقبولة ، بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكًا للوارث ، وقبل قبولها فليست مقبولة . ويحتمل أن يكون المراد بقوله : ﴿ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡنَۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ ﴾ . أي لكم ذلك مستقر . فلا يمنع هذا ثبوت المِلك غير مستقر ، ولهذا لا يمنع الديْن ثبوت المِلك في التركة ، وهو آكد من الوصية . وإن سلمنا أن المِلك لا يثبت للوارث ؛ فإنه يبقى مِلكًا للميت ، كما إذا كان عليه ديْن . وقولهم : لا يبقى له مِلك . ممنوع ؛ فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه ، وقضاء ديونه . ويجوز أن يتجدد له مِلك في دينه إذا قبل ، وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته ، بحيث تقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ويجهز إن كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه ، لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية ، وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب ، فإن رد الموصى له ، أو قبل ، انتقل حيئنذٍ . فإن قلنا : بالأول ، وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له المِلك على وجه لا يفيد إباحة التصرف ، كثبوته في العين المرهونة ، فلو باع الموصى به ، أو رهنه ، أو أعتقه ، أو تصرف بغير ذلك ، لم ينفذ شيء من تصرفاته . ولو كان الوارث ابنًا للموصى به ، مثل : أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن ، فتوصي به لأجنبي ، فإذا ماتت انتقل المِلك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ، ولا يعتق عليه . واللّه أعلم » .

ولأنه لو ثبت المِلك بدون القبول لتضرر الموصى له فيما إذا كانت الوصية بحيوان ؛ لا ينتفع به مثلًا ؛ فإن نفقته تجب عليه بلا فائدة ، ولا يشترط في القبول أن يكون صريحًا بل كما به يكون بالدلالة ، فالصريح هو الإتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله : قَبِلت وصية فلان ، أو رضيت بها .

والدلالة هي : الإتيان بفعل يدل على رضاه كاستيلائه على الموصى به بعد موت الموصي ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة أن التمليك فيها لا يكون إلا بعد موت الموصي كان القبول المعوَّل عليه هو الذي يصدر في هذا الوقت ؛ ولذ لو صدر حال الحياة صح رده بعد الوفاة ؛ لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبله .

٣١١٦ - ومثل القبول الرد ، فلو رَدَّ حال الحياة وقَبِلها بعد الوفاة صح لما ذكر.

٣١١٧ - فإذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي مِلك الموصى به وإن لم يقبضه لشبهها بالميراث بخلاف الهِبة ، فإنها لا تملك إلا بالقبض كما عرف ذلك في موضعه ، وإن ردها فالموصى به مملوك للورثة ، أما إذا لم يحصل واحد منهما في الوقت المعوَّل عليه تكون الملكية في الموصى به موقوفة بمعنى أنه يكون غير مملوك لا للورثة ولا للموصى له حتى يتبين الحال .

٣١١٨ - فإن قبل مِلْكه وإن رد ملكته الورثة ، ولا يلزم على هذا أن الموصى به يكون سائبة أي لا مالك له ولا سائبة في الإسلام ؛ لأن السائبة الممنوعة في الإسلام هي السائبة بلا مالك في أي زمن من الأزمان وهذه ليست كذلك إذ مدة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذي لم يحصل فيه قبول ولا رد من الموصى له .

فان قبل دخل في ملكه وإن رد دخل في مِلك الورثة .

وهذا له نظائر في الشرع وهي التركة المستغرقة بالدين بأن مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته ، فإن التركة تخرج من مِلك الميت بلا شك ، ولكن لا تدخل في مِلك الورثة ، ولا في مِلك الدائنين بل تكون موقوفة فإن دفعت الورثة الدين ملكوها ، وإن امتنعوا عن ذلك فتباع لقضاء الديون من ثمنها ، فإذا فرضنا أن الموصى له مات بعد موت الموصي بلا قبول ، ولا ردَّ دخل الموصى به في ملكه ، فينتقل إلى ورثته وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وإن كان القياس يبطل الوصية ؛ لأنه لا يملك أحد إثبات المِلك لغيره بدون اختياره .

ووجه الاستحسان : أن الوصية من جِهة الموصي قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ

من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة ، فيدخل الموصى به في ملكه وينتقل إلى ورثته ؛ ولكن محل اشتراط القبول في الوصية إذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما إذا كانت لنحو الفقراء والمساكين وبنى هاشم ، اللّهم إلا أن يقال : إن القبول وجد دلالة . وهو معول عليه (١) .

(مادة ٥٤٣)

يَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ بِقَوْلٍ صَرِيحٍ ، أَوْ فِعْلٍ يُزِيلُ اسْمَ الْمُوصَى بِهِ وَيُغَيِّرُ مُعْظَمَ صِفَاتِهِ وَمَنَافِعَهُ ، أَوْ يُوجِبَ فِيهِ زِيَادَةً لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا بِهَا ، أَوْ تَصَرُّفٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي تُزِيلُهُ عَنْ مِلْكِهِ ، وَكَذَا إِذَا خُلِطَ بِغَيْرِهِ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهُ أَوْ يُمْكِنُ بِعُسْرٍ (٢) .

* * *

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢١٦) : يشترط في الموصى به:
أ - أن يكون قابلًا للتمليك بعد موت الموصي ومتقومًا في شريعته .
ب - أن يكون موجودًا عند الوصية في مِلك الموصي إن كان معينًا بالذات .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢٩٦/٢ ، ٢٩٧) : « (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) ؛ لأنها نوع تبرع لم تتم فجاز له الرجوع فيها كالهبة قالوا إلا فيما وقع لازمًا كالمحاباة المنجزة ، والتبرع ، والتدبير ، والهبة المقبوضة لذي رحم محرم منه ، فإنه لا يصح الرجوع فيها كذا في الينابيع . (قوله : فإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعًا) أما الصريح فيقول : أبطلت وصيتي ، أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ؛ فهو رجوع ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ؛ إذ لو أرادها لبين لفظها بخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فإنه يكون بينهما ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ، وأما الفعل الذي يدل على الرجوع كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه ، وخاطه ، أو بغزل فنسجه ، أو بدار فبنى فيها ، أو بشاة فذبحها ، أو بأمة ثم باعها أو أعتقها أو كاتبها أو دبرها فهذا كله يكون رجوعًا وإبطالًا للوصية ، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعًا » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي (١٧٧/٣ ، ١٧٨) : « له الرجوع عن الوصية وعن بعضها بقوله : نقضت الوصية ، أو أبطلتها ، أو رجعت فيها ، أو فسختها ، أو هذا لوارثي مشيرًا إلى ما وصى به ؛ لأنه لا يكون لوارثه إلا إذا انقطع تعلق الموصى له عنه (وببيع وإعتاق وإصداق) لما وصى به لخروجه عن ملكه . (وكذا هِبة أو رهن) له (مع قبض وكذا دونه في الأصح) لظهور صرفه بذلك عن جهة الوصية ، والثاني : يعتل ببقاء ملكه (وبوصية بهذه التصرفات) فيما وصى به (وكذا توكيل في بيعه وعرضه عليه في الأصح) ؛ لأنه توسل إلى ما يحصل به الرجوع ، والثاني يقول قد لا يحصل بيعه . (وخلط حِنطة معينة) وصى بها (رجوع) ؛ لأنه أخرجها عن إمكان التسليم . (ولو وصى بصاع من صبرة ، فخلطها بأجود منها فرجوع) ؛ لأنه أحدث زيادة لم تتناولها الوصية (أو بمثلها فلا وكذا بأردأ في الأصح) ؛ لأنه كالتعييب والثاني يقول غيرها عما كانت كالتغيير بالأجود . (وطحن حِنطة وصى بها وبذرها) بالمعجمة (وعجن دقيق) وصى به (وغزل قطن) وصى به (ونسج غزل) وصى به (وقطع ثوب) =

....

= وصى به (قميصًا وبناء وغراس في عرصة) وصى بها (رجوع) لظهور هذه الأفعال في الصرف من جهة الوصية » .
قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٣٥/٢) : « (وللرجل) المراد الموصي مطلقًا (الرجوع عن وصيته من عتق وغيره) مما ليس بواجب عليه ، ولا فرق بين الحاصلة في الصحة أو المرض في انحلال عقدها فهي بمنزلة الوعد ، والوعد لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط ، وصفة الرجوع أن يقول : رجعت عن وصيتي أو نسختها .
قال خليل : عاطفًا على ما تبطل به وبرجوع فيها وإن بمرض بقول أو بيع أو عتق أو كتابة وبإيلاد وحصد زرع ونسج غزل ، وصوغ فضة ، وحشو قطن ، وذبح شاة ، وتفصيل شقة ، وظاهر كلام المصنف كخليل أن للموصي الرجوع عن وصيته ، ولو شرط لنفسه عدم الرجوع فيها وبه العمل ، وصحح بعض العلماء بالشرط ، وليس من الوصية ما تبله المريض في مرضه من صدقة أو هبة أو حبس ؛ فإنه لازم لا رجوع له فيه ، وقولنا : مما ليس بواجب عليه للاحتراز عن الإيصاء بإخراج ما عليه من الزكوات والديون التي لا شاهد عليها ، وإنما علمت باعترافه وإيصائه بإخراجها ، فلا يجوز له الرجوع فيها لاعترافه بوجوبها عليه .
(تتمة) تكلم المصنف على نوع من الوصية وهو ما أوجب حقًّا في ثُلث العاقد ، وسكت عن النوع الثاني وهو ما أوجب النيابة عن الموصي بعد موته كإيصائه على أولاده ، وصيغتها : إن قصرت عمت كاشهدوا على أن فلانًا وصي ولم يزد على ذلك ، فإنه يكون وصيًّا عامًّا في جميع الأشياء ، ويزوج صغار بنيه لمصلحة والبنات إذا بلغن ، وأذن بالقول : إلا أن يأمر الموصي بالإجبار أو يعين له الزوج لقول خليل : وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف ، وإذا طال لفظها بأن قال : وصيي على الشيء الفلاني فإنه تختص بذلك الذي سماه .
قال خليل : ووصي فقط يعم وعلى كذا يخص به ، والذي يوصي على المحجور عليه الأب الرشيد أو الحاكم أو وصي الأب أو وصي الوصي ، وكذا الأم لها الإيصاء على الصغير بشرط قلة المال وعدم ولي للصغير ، وأن يكون المال موروثًا من الأم ، وشرط الموصى له أن يكون مسلمًا مكلفًا عدلًا فيه الكفاية ، بمعنى القدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور ولو أعمى ، أو امرأة أو عبدًا ويتصرف بإذن سيده ، وليس للموصى له عزل نفسه بعد القبول وموت الموصي وإنما يعزله الفسق والعجز ، هذا حكم وصي النظر ، وأما الوصي على عتق عبد أو تفرقة ثُلثه فإنه لا يشترط فيه العدالة كما نبه عليه خليل في توضيحه » .
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢١١/٧ ، ٢١٢) : « (وإذا قال في الموصى به : هذا لورثتي ، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان : كان رجوعًا) بلا خلاف أعلمه . (وإن أوصى به لآخر ، ولم يقل ذلك . فهو بينهما) هذا المذهب قال في القواعد الفقهية : هذا المشهور في المذهب . وجزم به الخرقي ، وصاحب العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والشرح ، والمذهب ، والنظم ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمستوعب ، والحارثي . وقيل : هو للثاني خاصة . اختاره ابن عقيل . ونقل الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية . وقال في التبصرة : هو للأول . فعلى المذهب : أيهما مات ، أو رد قبل موت الموصي : كان للآخر . قاله الأصحاب . فهو اشتراك تزاحم . قوله : (وإن باعه ، أو وهبه ، أو رهنه : كان رجوعًا) إذا باعه ، أو وهبه : كان رجوعًا بلا نزاع . وكذا إن رهنه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به القاضي ، وابن عقيل . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وقيل : ليس برجوع » .

٣١١٩ - ومما يترتب على أن التمليك في الوصية لا يكون إلا بعد موت الموصي والقبول المعول عليه ، كذلك أن للموصى الرجوع ولو قبل الموصى له ؛ لأن وقت قبول التمليك المعول عليه آت في المستقبل فيصح له الرجوع عن الإيجاب ما دام القبول المعتبر لم يحصل والرجوع ؛ إما أن يكون صريحًا ، وإما أن يكون دلالةً .

فالصريح : بأن يقول : رجعت عن وصيتى لفلان ، أو : أبطلتها ، أو: كل وصية أوصيت بها فهي باطلة أو لاغية .

والدلالة : بأن يفعل في الموصى به فعلًا يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور:

أولًا : أن يكون ذلك العمل يُزيل اسم الموصى به وقت الوصية وبغير معظم صفاته كما إذا أوصى بسبيكة من الذهب أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة أو آنية أو بقطعة من النحاس أو الحديد فصنعها آنية أو سيفًا ؛ لأن الموصى به صار بحال لا يطلق عليه اسمه وقت الوصية فكان كشيءٍ آخر .

ثانيًا : أن يحدث العمل في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه ، أو بقطعة من الحرير ، أو الصوف فقطعها وخاطها أثوابًا .

ثالثًا : إذا كان هذا العمل تصرفًا يترتب عليه مِلك الغير له فإذا باعه أو وهبه وسلمه بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو عاد إليه بالشراء ، أو بالرجوع عن الهِبة لم تعد الوصية فإن كان التصرف لا يترتب عليه ذلك كالإجارة والعارية فلا يكون رجوعًا .

رابعًا : أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كبر بمثله أو يمكن ولكن بعسر ومشقة كشعير أو فول بير ؛ لأنه كاستهلاكه (١) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٢١) : يعتبر رجوعًا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بأنه لم يقصد الرجوع.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : « المادة (٢٥٣) أ - يجوز للموصي تعديل الوصية أو الرجوع عنها كُلًا أو بعضًا صراحة أو دلالة بقول أو فعل يدل على الرجوع ببيع الموصى به أو هِبته أو بأي تصرف يفوت الموصى به المعين أو بغير وصفه كليًا .

ب - لا يعتبر رجوعًا عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العينْ الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الزيادة غير المستقلة ما لم تدل قرينة أو عرف على أن الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية .

(مادة ٥٤٤)

جَحْدُ الْوَصِيَّةِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا مُبْطِلًا لَهَا ، وَلَا تَجْصِيصُ الدَّارِ الْمُوصَى بِهَا وَلَا هَدْمُهَا [1] .

* * *

٣١٢٠ - وإذا أوصى شخص بشيءٍ من أمواله ثم جحد الوصية أي أنكرها بأن قال لم أوص ففيه خلاف ؛ فقال محمد : لا يكون رجوعًا . وقال أبو يوسف : يكون رجوعًا .

ووجه محمد كلامه بأن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه ؛ إذ الجحود نفي لأصل العقد ، فلو كان الجحود رجوعًا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢٩٧/٢) : « (ومن جحد الوصية لم يكن رجوعًا) هذا عند محمد ويكون رجوعًا عند أبي يوسف » .

وجاء في الفتاوى الهندية (٩٣/٦) : « ولو أوصى بدار فجصصها أو هدمها لا يكون رجوعًا ، وإن طينها يكون رجوعا إذا كان كثيرًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١١٣/٤) : « ولو سئل عن الوصية فأنكرها قال الرافعي : فهو على ما مر في جحد الوكالة . أي : فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعًا أو لا لغرض فيكون رجوعًا . وهذا هو المعتمد ، ووقع في أصل الروضة هنا أنه رجوع ، وفي التدبير أنه ليس برجوع » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢٩٩/٢) : « ولو أوصى بعبده لإنسان ثم جحد الوصية له كان رجوعًا . وقال في الجامع الكبير : إذا أوصى بعبده لإنسان ثم قال : اشهدوا أني لم أوص بذلك العبد لفلان ، فإنه لا يكون رجوعًا . والفرق أنه إذا قال : لم أوص فقد نفى وصيته له ، وله نفيها فصار فاسخًا لها ، كما لو وكل وكيلًا ثم جحد الوكالة صار عازلًا ، كذلك هذا فصار الرجوع في ضمن نفيه ، فكأنه قال : رجعت . وليس كذلك إذا قال : اشهدوا ؛ لأنه لم يحك نفيًا عن نفسه ، وإنما أمرهم بالشهادة على النفي ، والأمر بالشهادة على نفي شيء وقد وجد ما كان أمرًا بكذب ، فلم يعمل ، فاستوى وجوده وعدمه ، ولو لم يقل لبقيت الوصية ، كذلك هذا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩٨/٦) : « وإن جحد الوصية ، لم يكن رجوعًا ، في أحد الوجهين . وهو قول أبي حنيفة ، في إحدى الروايتين ؛ ولأنه عقد ، فلا يبطل بالجحود ، كسائر العقود . والثاني : يكون رجوعًا ؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له . وإن غسل الثوب ، أو لبسه ، أو جصص الدار ، أو سكنها ، أو أجر الأمة ، أو زوجها ، أو علمها ، أو وطئها ، لم يكن رجوعا ؛ لأن ذلك لا يزيل المِلك ولا الاسم ، ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الأمة رجوع ؛ لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل . والأول أولى ؛ لأنه انتفاع لا يزيل المِلك في الحال ، ولا يفضي إليه يقينًا ، فأشبه لبس الثوب ، فإنه ربما أتلفه ، وليس برجوع » .

ولأبى يوسف : أن الجحود نفي في الماضي والحال ، فيكون أقوى من الرجوع ؛ إذ هو نفي في الحال فقط فكان أوْلى أن يكون رجوعًا وكل قوي .

٣١٢١ - واتفقوا على أن الموصي لو قال : البيت الذي أوصيت به لفلان جعلته لفلان . كان رجوعًا ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى ببيت لشخص ثم أوصى به لآخر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها .

ولكن محل ذلك ؛ إذا كان فلان الآخر حيًّا فلو كان ميتًا وهو يعلم بذلك ؛ فالوصية الأولى على حالها ؛ لأنها إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تكن فبقيت الأولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حيًّا ثم موت قبل موت الموصي بطلت الوصيتان الأولى بالرجوع والثانية بالموت ، وحيئنذٍ يكون الموصى به لورثة الموصي .

٣١٢٢ - ولا يكون راجعًا أيضًا بتجصيص الدار وتبيضها ، وكذا هدم بنائها ؛ لأنهم قالوا : إن هذا تصرف في التابع ، فتأمل في مسألة الهدم (١) .

(مادة ٥٤٥)

إِذَا هَلَكَتِ الْوَصِيَّةُ فِي يَدِ الْمُوصِي أَوْ فِي يَدِ أَحَدٍ مِنْ وَرَثَتِهِ بِدُونِ تَعَدِّيهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِذَا اسْتُهْلِكَتْ ، فَإِنْ كَانَ اسْتِهْلَاكُهَا مِنَ الْمُوصِي ، فَهُوَ رُجُوعٌ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْوَرَثَةِ ، يَكُونُ ضَمَانُهَا عَلَيْهِمْ قَبْلَ الْقَبُولِ أَوْ بَعْدَهُ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٢٢) : لا يعتبر إنكار الإيصاء رجوعًا ولا الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٥٤) تبطل الوصية في الحالات التالية :

أ - رجوع الموصي عن وصيته .

ب - وفاة الموصى له حال حياة الموصي .

ج - رد الموصى له كامل الأهلية للوصية بعد وفاة الموصي .

د - قتل الموصى له الموصي سواء أكان فاعلًا أصليًّا أو شريكًا أو متسببًا إذا كان عند ارتكابه الفعل عاقلًا بالغًا حد المسئولية الجنائية .

هـ - هلاك الموصى به المعين أو استحقاقه من قبل الغير .

و - ارتداد الموصي أو الموصى له عن الإسلام ما لم يرجع إليه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٦/٦ ، ١٠٧) : « وأما إذا أوصى بعينٍ أو بنوع من ماله كثُلث غنمه فهلك قبل موته بطلت الوصية حتى لو اكتسب غنمًا أخرى أو عينًا أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق =

٣١٢٣ - ومتى كان الموصى به معينًا ومات الموصي استحقه الموصى له إن كان موجودًا ، فإن كان الشيء غير موجود بأن هلك أو استهلكه الموصي حال حياته ؛ فلا يأخذ الموصى له شيئًا في مقابلته .

أما الأول : فظاهر ؛ لأنه هلك من غير تعدٍّ منه . **وأما الثاني** : وهو الاستهلاك فلأن الموصي وإن كان متعديًا ، إلا أنه لم يضمن أيضًا ؛ لأن ملكه باق ما دام حيًّا فيكون استهلاكه للموصى به رجوعًا عن الوصية .

٣١٢٤ - ومثل هذا ما إذا كان الشيء الموصى به موجودًا وقت موت الموصي وهلك عند الورثة من غير تعد منهم ؛ فإنهم لا يضمنون شيئًا ؛ لأن يدهم يد أمانة فلا يضمنون إلا بالتعدي ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصى له ، سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك أو بعده ، وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فإن له أن يضمنهم بدله ؛ لأن هلاكه وإن كان من غير تعديهم ، إلا أنهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا مستعدين بهذا المنع فيضمنون .

= الموصى له به ، ولو لم يكن غنم عند الوصية فاستفادها ، ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح . ومن أوصى إليه بأن يتصدق بثُلث ماله فغصب رجل المال من الموصي فاستهلكه وأراد الوصي أن يجعل ذلك عليه صدقة والغاصب مُقر به أجزته ، كذا في محيط السرخسي . من كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة يجحدون ذلك - فالوصية باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه : الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولًا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ؛ فبطل إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع ، وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثُلثا الثوب الأجود ولصاحب الوسط ثُلث الجيد وثُلث الأدون ولصاحب الرديء ثُلثا الثوب الأدون ، كذا في خزانة المفتين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥٤/٦) : « (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلف بعد موت الموصي ، لم يكن للموصى له شيء . وإن تلف المال كله إلا الموصى به ، فهو للموصى له) أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله ، على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاه ابن المنذر ، فقال : أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا أوصي له بشيء ، فهلك ذلك الشيء ، أن لا شيء له في سائر مال الميت ؛ وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلقت بمعين ، وقد ذهب ، فذهب حقه ، كما لو تلف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفريطهم ، فلم يضمنوا شيئًا . وإن تلف المال كله سواه فهو للموصى له ؛ لأن حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنهم ، فكان حقه فيه دون سائر المال ، وحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه ، كما لو كان التلف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلف نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد ، فسرقت الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له به » .

الفصل الثاني
في استحقاق الموصى لهم

(مادة ٥٤٦)

لَا تَنفُذُ وَصِيَّةُ مَنْ لَهُ وَرَثَةٌ إِلَّا مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا .

فَإِذَا وَصَّى لِمَنْ هُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَمْ تُجِزِ الْوَرَثَةُ الزِّيَادَةَ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُوصَى لَهُ إِلَّا الثُّلُثَ مِنْ جَمِيعِ مَالِ الْمُوصِي [1] .

* * *

٣١٢٥ - اعلم أن الموصى له إما أن يكون واحدًا ، وإما أن يكون متعددًا .

فإن كان الأول : نفذت الوصية له من الثلث إن كان للموصي ورثة ولا فرق بين أن يكون الموصي مسلمًا أو ذميًّا .

فإن زادت الوصية عن الثلث ولم تجز الورثة الزيادة ؛ فلا يستحق الموصى له إلا ثلث مال الموصي ، وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٥٣٣) والمواد الخمس التي بعدها ، فلا تكتف بهذا فإنه في غاية الإجمال فلا يفيد المطلوب [2] .

---

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٣٥) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٣٧) أ - يملك الموصى له المعين الموصى به بعد وفاة الموصي .

ب - يقوم وارث من مات من الموصى لهم قبل القسمة مقامه .

ج - يقسم الموصى به بالتساوي إذا تعدد الموصى لهم ما لم يشترط الموصي التفاوت .

د - ينفرد الحي من التوأمين بالموصي به للحمل إذا وضعت المرأة أحدهما ميتًا .

هـ - ينتفع ورثة الموصي بالموصى به إلى أن يوجد مستحقه .

المادة (٢٦١) أ - يحدث التزاحم في الوصايا إذا كان لأكثر من الثلث لاثنين فأكثر ، ولم يجز الورثة الزيادة .

ب - إذا حدث التزاحم في الوصايا فيقسم الثلث بين الموصى لهم قسمة الغرماء بنسبة حصصهم .

(مادة ٥٤٧)

إِذَا أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَاسْتَوَيَا فِي الاسْتِحْقَاقِ ، وَلَمْ تُجِزِ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا قِسْمَةً مُتَسَاوِيَةً .

وَإِذَا لَمْ يَسْتَوِيَا فِي الاسْتِحْقَاقِ ، فَإِنْ زَادَتْ وَصِيَّةُ أَحَدِهِمَا عَلَى الثُّلُثِ ، وَكَانَتِ الأُخْرَى بِالثُّلُثِ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ أَيْضًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَالْمُوصَى لَهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ، إِلَّا فِي السِّعَايَةِ وَالْمُحَابَاةِ وَالْوَصِيَّةِ بِالدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ الَّتِي لَمْ تُقَيَّدْ بِكَسْرٍ مِنَ الْكُسُورِ ، فَإِنَّ الثُّلُثَ فِيهَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حِصَّتِهِمَا فِي الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ لَمْ تَزِدْ وَصِيَّةُ أَحَدٍ مِنْهُمَا عَلَى الثُّلُثِ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ قِسْمَةً مُتَنَاسِبَةً عَلَى قَدْرِ حَقِّ كُلٍّ مِنْهُمَا .

* * *

٣١٢٦ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان الموصى له متعددًا ؛ فإما أن تكون الوصية بعقد واحد ، وإما أن تكون بعقود .

فإن كان الأول : كما إذا قال : أوصيت لفلان وفلان بنصف مالي (مثلًا) ؛ استويا في الاستحقاق بعد اتباع الأحكام المتقدمة في المواد المبينة في شرح المادة السابقة .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كانت الوصية بعقود كما إذا قال : أوصيت لفلان بربع مالي ولفلان بثُلث مالي (مثلًا) ؛ ولنكتف بما إذا كانت الوصية لاثنين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم .

فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون مجموع الوصيتين أقل من الثُلث .

الثاني : أن يكون مجموعهما مساويًا للثُلث .

الثالث : أن يكون مجموعهما زائدًا على الثُلث .

٣١٢٧ - **فإن كان الأول** : كما إذا أوصى لواحد بجزء من عشرة من أمواله ولآخر بجزأين من عشرة أيضًا من أمواله ، فمجموع الوصيتين ثلاثة أجزاء من عشرة ، وهي أقل من الثُلث فيأخذ كل من الموصى لهما وصيته أجازت الورثة أو لم تجز ؛ لأن له الحق في إن يوصي بثُلث ماله وإن لم تجز الورثة فأولى أن يكون له الحق في الوصية بأقل من الثُلث .

٣١٢٨ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين مساويًا للثُلث كما إذا أوصى لواحد بسدس ماله ولآخر بسدسه أيضًا فمجموع الوصيتين الثُلث نفذ كل من الوصيتين أيضًا اتفاقًا أجازت الورثة ، أو لم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذي هو نصف الثُلث .

٣١٢٩ - وكذا لو اختلفا في الاستحقاق بأن أوصى لواحد بجزء من اثنى عشر جزءًا من ماله ولآخر بثلاثة أجزاء من اثنى عشر جزءًا من ماله أيضًا فمجموع الوصيتين أربعة أجزاء من اثني عشر جزءًا وهي ثُلث ماله ، فيأخذ كل منهما الموصى له به شاء الورثة أو أبوا .

٣١٣٠ - **وإن كان الثالث** : وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائدًا على الثُلث ففيه ثلاثة أمور :

الأول : أن يستويا في الاستحقاق .

الثاني : أن يختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثُلث .

الثالث : أن يختلفا في الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثُلث .

وفي كل هذه الأمور الثلاثة : أما أن لا تجيز الورثة أن الوصيتين أو تجيزهما ؛ فإن كان الأمر الأول وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائدًا على الثُلث ، واستويا في الاستحقاق بأن أوصى لواحد بربع ماله ولآخر بربعه أيضًا ، أو لكل منهما بالثُلث ، أو بالنصف ، أو بالثُلثين أو بالكل ، ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثُلث بينهما قسمة متساوية اتفاقًا ؛ لأن ثُلث المال يضيق عن حقهما ولا يزاد عليه عند عدم الإجارة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثُلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الأولى فإذا وجدكما إذا أوصى ببيت لشخص وبعد ذلك قال : البيت الذي أوصيت به لفلان هو لفلان ، صار الكل للثاني ، لأنه وجد ما يدل على الرجوع عن الأولى ، واللفظ يدل على قطع الشركة فإذا لم يدل اللفظ على قطع الشركة اشتراكا كما إذا أوصى لشخص بثُلث ماله ولآخر بثُلث ماله فإن الثُلث يقسم بينهما أنصافًا ، ولا تكون الوصية الثانية رجوعًا عن الأولى ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها .

٣١٣١ - وإن أجازت الورثة الوصيتين أخذ كل ما يستحقه كاملًا إذا وفي كل المال به ، كما إذا أوصى لواحد بالربع ولآخر بمثله ، أو لواحد بالثُلث ولآخر بمثله ، فإن لم يف كل المال بحق كل منهما تساويا في القسمة كما إذا أوصى لواحد بالثلثين ولآخر بمثله ،

أو لواحد بثلاثة أرباع ولآخر بمثله ، أو لواحد بالكل ولآخر بمثله ؛ فإنهما يقتسمان كل المال عند الإجازة بالتساوي لما تقدم عند قسمة الثلث بينهما نصفين .

٣١٣٢ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث كما إذا أوصى لشخص بسدس ماله ولآخر بثلث ماله ، ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة أي : أثلاثًا لصاحب السدس ثلث الثلث ، ولصاحب الثلث ثلثا الثلث ؛ لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعًا وضاق الثلث عن حقهما ؛ لأنه هو الذي تنفذ فيه الوصية عند عدم الإجازة فيقتسمانه على قدر حقهما فيجعل السدس سهمًا والثلث سهمين ؛ لأنه ضعفه فيجعل الثلث ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب السدس ، وسهمان لصاحب الثلث .

٣١٣٣ - وإن أجازت الورثة الوصيتين ؛ أخذ كل ما يستحقه بالوصية من كل المال ولا يتأتى أن يضيق المال عن حقهما فيما نحن فيه ؛ لأن الموضوع أنهما اختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث.

٣١٣٤ - **وإن كان الثالث** : وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث ، كما إذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين أو بالكل ، أو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل ، أو أوصى لواحد منهما بالسدس ولآخر بالنصف ، ولم تجز الورثة الوصيتين ، فقال الإمام الأعظم : يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما إذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بأكثر منه ؛ لأن الزائد عن الثلث لغو فكأنه أوصى إلى كل منهما بالثلث .

٣١٣٥ - **وأما إذا كانت وصية واحد منهما بأقل من الثلث والأخرى بأكثر منه** ، كما إذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف ؛ فإنه يلغى الزائد على الثلث ؛ فكأنه أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالثلث وحينئذٍ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس .

وقال الصاحبان : يقسم الثلث بينهما مطلقًا قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما فإذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثًا ، لصاحب الثلث ثلثه ، ولصاحب الثلثين ثلثاه ؛ لأن الثلثين ضعف الثلث ، وإذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما أرباعًا ، ربعه لصاحب السدس ، وثلاثة أرباعه لصاحب النصف ؛ لأن النصف يشتمل على ثلاثة أسداس فيستحق الموصى له به ثلاثة أمثال

ما يستحق الموصى له بالسدس .

واستدل الإمام على قوله هذا : بأن الموصى قصد شيئين الإستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر ، والثاني ثبت في ضمن الأول ولما بطل الأول لحق الورثة ، وتأكد هذا البطلان بعدم إجازتهم له بطل ما في ضمنه وهو التفضيل ، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث في صورة ما إذا كانت الوصية لواحد منهما به ، وللآخر بأكثر منه فيتنصف بينهما ؛ وكأنه أوصى لواحد بأقل من الثلث وللآخر بالثلث في صورة ما إذا كانت وصية واحد منهما السدس والأخرى أكثر من الثلث فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث والأقل منه .

والصاحبان يوافقانه في أن غرض الموصى هذان الأمران ولكن لا يلزم من بطلان الأول وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثاني وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر ؛ لأن الثاني مستقل عن الأول وليس داخلًا ضمنه ، فيكون الثاني غير باطل فيعمل به .

٣١٣٦ - فإذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالكل فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ما جعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بما يخص ذلك الزائد بأن يقسم أرباعًا ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد لصاحب الثلث .

٣١٣٧ - والقاعدة عند الإمام في هذا هي : أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث ، ومعناها : أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يأخذ من الثلث أكثر من الموصى له بالثلث ، وكذلك لا يأخذ الموصى له بأكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث إلا بنسبة الثلث إلى الأقل منه ؛ ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهي : السعاية ، والمحاباة ، والوصية بالدراهم المرسلة .

وصورة السعاية : أن يكون لرجل عبد أن قيمة أحدهما ثلاثون جنيها ، وقيمة الآخر ستون جنيهًا فاعتقهما في مرض موته ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة العتق فيعتبر هذا العتق وصية لهما ؛ لأن العتق في مرض الموت يعتبر وصية فكأنه أوصى للأوَّل بثلث ماله وهي ثلاثون جنيها ، وللثاني بثلثى ماله وهي ستون جنيهًا .

٣١٣٨ - **فمقتضى القاعدة المتقدمة للإمام** : أن يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيهًا بينهما نصفين ، فيعتق من الأول نصفه ويسعى في خمسة عشر جنيهًا للورثة ، ويعتق من الثاني ربعه ويسعى في قيمة ثلاثة أرباعه وهي خمسة وأربعون جنيها للورثة ؛ ولكنه خالف

هذه القاعدة في هذه المسألة وقال : يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقًا للصاحبين ، وحينئذٍ يعتق من الأول ثلثه ويسعى في قيمة ثلثيه التي هي عشرون جنيها ويعطيها للورثة ، ويعتق من الثاني ثلثه ويسعى في قيمة ثلثيه وهي أربعون جنيها ويعطيها للورثة

٣١٣٩ - **وصورة المحاباة** : أن يكون لرجل بيتان قيمة أحدهما : ثلثمائة جنيه ، والآخر ستمائة جنيه فأوصى بأن يباع الأول لشخص معلوم بمائة جنيه وبأن يباع الثاني لشخص آخر بمائتى جنيه ، ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة الوصيتين فمجموع ماله حينئذٍ تسعمائة جنيه والأول موصى له بمائتين وهي أقل من الثلث ، والثاني : موصى له بأربعمائة جنيه وهي أكثر من الثلث ، فمقتضى قاعدة الإمام أن يقسم الثلث الذي هو ثلاثمائة قسمة متناسبة بين المائتين والثلاثمائة التي هي ثلث ماله .

فيأخذ الأول منها خمسيها ، والثاني ثلاثة أخماسها ، ولكنه خالف قاعدته في هذه أيضًا وقال : بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلًّا منهما موافقًا للصاحبين في هذه فيقسم الثلث أثلاثًا ثلثه للأول وثلثاه للثاني ، وحينئذٍ يباع البيت الذي قيمته ثلثمائة جنيه للأول بمائتين والمائة وصية له ، ويباع البيت الذي قيمته ستمائة جنيه للثاني بأربعمائة جنيه والمائتان وصية له.

٣١٤٠ - **وصورة الوصية بالدراهم المرسلة** : أن يوصي لشخص بأربعمائة جنيه ولآخر بثمانمائة جنيه وتركته قيمتها ألف ومائتا جنيه لا غير ، ولم تجز الورثة الوصيتين ؛ فكأنه أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين .

٣١٤١ - **ومقتضى قاعدة الإمام المتقدمة** : أن يقسم الثلث بينهما نصفين ؛ ولكنه وافق الصاحبين في هذه أيضًا وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلًّا منهما فيقسمه أثلاثًا ثلثه للأول وثلثاه للثاني ، فيعطى للموصى له بأربعمائة ثلث الثلث ، وللموصى له بثمانمائة ثلثيه .

٣١٤٢ - **ووجه استثناء الإمام لهذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة** : أن الوصية في غير هذه المسائل مصرح فيها لأحدهما بالزيادة على الثلث وهذه المسائل ليس فيها ذلك ، وإنما جاءت الزيادة عليه من أمر خارج عن الوصية وهو قلة التركة والشرع أبطل الوصية في الزائد على الثلث ؛ فيكون ذكره لغوًا فلا يعتبر في حق الأخذ من الثلث ، بخلاف ما إذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما في هذه الصور ؛ فإنه ليس في العبارة

ما يكون مبطلًا للوصية ؛ وإنما حصلت المزاحمة بين الموصى لهما ؛ لأن ثلث تركة الموصى لايفي بحق كل منهما وإذا لم تكن باطلة بالكلية فتعتبر في حق الأخذ من الثلث ، يدلك على هذا أن ثلث التركة إن كان يفي بحقهما فكل يأخذ حقه حتى لو ظهر له مال بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصِي له به إن كان يخرج من ثلث الكل .

٣١٤٣ - وإن أجازت الورثة الوصيتين : فإن كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالثلثين أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به ؛ لأن المال يفي بهما أما إذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالكل قسم المال أرباعًا بالاتفاق ، لأن المال لا يفي بالحقين لكن عند الصاحبين بطريق العول وعند الإمام بطريق المنازعة ، فيأخذ الموصى له بالثلث ربع كل المال ، والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه ، ووجه هذا على قولهما أن الموصى له بالجميع يدعى كله وهو ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو واحد من ثلاثة ، فتعول إلى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث وثلاثة أرباعها لصاحب الجميع .

ووجهه على قوله : أن نقسم المال إلى أثنى عشر قسمًا فيقسم الثلث أولًا بينهما نصفين ؛ لأن الإجازة في قدر الثلث ساقطة الاعتبار ، فيأخذ كل منهما سهمين ويبقى الثلثان وهما ثمانية أسهم ، فصاحب الجميع يدعى كلها وصاحب الثلث لا يدعى إلا سهمين ، فإنه يقول : حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل إلى سهمان وبقي حقي في سهمين ، فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة فتعطى للموصى له بالجميع بلا منازعة ، فتبقى في سهمين ، فتقسم بينهما نصفين ، فيصيب كل واحد منهما سهم ، فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثنى عشر وهو ربع المال ، وللموصى له بالكل تسعة من أثنى عشر وهو ثلاثة أرباع المال .

(مادة ٥٤٨)

إِذَا أَوْصَى بِقَدْرٍ مَجْهُولٍ يَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ ، كَجُزْءٍ أَوْ سَهْمٍ أَوْ نَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ ، فَالْبَيَانُ فِي ذَلِكَ لِلْوَرَثَةِ إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهُ الْمُوصِي ، وَيُعْطُونَ الْمُوصَى لَهُ مَا شَاءُوا .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَأَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ لأَحَدٍ ، فَلَهُ نِصْفُ مَالِهِ، وَالنِّصْفُ الآخَرُ لِبَيْتِ الْمَالِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٨٩/٦) : « (وبسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة) أي إذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك إلى الورثة فيقال لهم أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان إليهم بيانه سَوَّى هنا بين السهم والجزء ، وهو اختيار بعض المشايخ ، والمروي عن أبي حنيفة : أن السهم عبارة عن السدس ، نقل ذلك عن ابن مسعود ﷺ وعن إياس بن معاوية ، وقال في الجامع الصغير : له أخس سِهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس ، فحينئذٍ يُعطَى له السدس ، وقال في الأصل : له أخس سِهام الورثة ؛ إلا أن يكون أكثر من السدس ، فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الأصل ولا يمنع النقصان ، وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ، ثم قال في تعليله : لأنه يذكر ويراد به السدس ويذكر ، ويراد سهم من سهام الورثة ؛ فيُعطَى الأقل منهما ، فهذا يمنع الزيادة فقط . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه له : أخس سهام الورثة ؛ لأن السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفًا لا سيما في الوصية فيصرف إليه ، وهذا في عرفهم ، وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أولًا » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٥٥/٧ ، ٢٥٦) : « (وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة) بلا نزاع . (ويعطى ما يقع عليه الاسم . فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعُرف ، كالشاة . هي في العُرف للأنثى) يعني : الأنثى الكبيرة (والبعير ، والثور) هو (في العُرف للذكر) يعني : الذكر الكبير (وحده . وفي الحقيقة للذكر ، والأنثى : غلب العرف) . هذا اختيار المصنف . وصححه الناظم . وجزم به في الوجيز . وقدم في الرعايتين : أن « الشاة » للأنثى . وجزم به في التبصرة في « البعير » و « الثور » . وقال المصنف : « العبد للذكر المعروف » . وقدمه في الفروع في باب الوقف ، والحارثي هنا . وعند القاضي وغيره : لا يشترط كونه ذكرًا . وقال في الفروع : في الوقف : فيما إذا أوصى بعبد في إجزاء خُنثى غير مشكل وجهان . جزم الحارثي أنه لا يدخل في مطلق العبد . وقال أصحابنا : تغلب الحقيقة . وهو المذهب . فيتناول الذكور والإناث ، والصغار والكبار . وأطلق في الشرح في « البعير » وجهين . وقال القاضي في الخلاف : « الشاة » اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار ، قوله : (والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحَمِير) هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقطع به كثير منهم . فتتقيد يمين من حلف لا يركب دابة بها.

وفي الترغيب وجه في وصية بدابة : يرجع إلى عُرف البلد . وذكر أبو الخطاب في التمهيد في الحقيقة العرفية أن « الدابة » اسم للفرس عُرفًا ، وعند الإطلاق : ينصرف إليه . وذكره في الفنون عن أصولي ، يعني بنفسه . =

٣١٤٤ – ثم إن الوصية إن كانت بجزء من المال فإما أن يكون ذلك الجزء معلومًا ، وإما أن يكون مجهولًا ، فإن كان الأول : كالسدس أو الربع أو النصف اتبعت الأحكام المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التي تليها .

وإن كان الثاني : كما إذا قال . أوصيت لفلان ببعض مالي ؛ أو بجزء ، أو بنصيب منه ؛ فإن كُلًّا منها مجهول بمعنى أنه يتناول القليل والكثير ؛ إذ السدس أو الثلث أو النصف يقال له بعض المال وجزء منه .

٣١٤٥ – فإن كان الموصى حيًا ؛ أمر بالبيان فإن عين اتبع بيانه ؛ لأن هذا لا يعلم إلا من جهته إذ هو الذي أوجب لغيره حقًّا في ماله فيتبع بيانه فإن مات من غير أن يبين فإما أن يكون له ورثة وإما أن لا يكون .

فإن كان الأول : أمرت الورثة بالبيان ؛ لأنهم قائمون مقام الموصِي فيُعطَى للموصى له ما عينوه وإن قلَّ .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا لم يكن له ورثة أعطي النصف للموصى له والنصف الآخر لبيت المال ؛ لأن المستحق اثنان وهما غير وارثين فيقتسمان كل التركة مناصفةً .

(مادة ٥٤٩)

إِذَا أَوْصَى بِالثُّلُثِ لاثْنَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ مِنْ أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ ، وَكَانَ أَحَدُهُمَا مَيِّتًا أَوْ مَعْدُومًا وَقْتَ الإِيجَابِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، وَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِلْحَيِّ أَوِ الْمَوْجُودِ .

فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ خَرَجَ لِفَقْدِ شَرْطٍ مَا بَعْدَ صِحَّةِ الإِيجَابِ ، يَخْرُجُ بِحِصَّتِهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الآخَرُ إِلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ مِنْهُ .

وَكَذَا إِذَا جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٌ ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُهُ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الاثْنَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَلِوَرَثَةِ ذَلِكَ الْمَيِّتِ حَقٌّ فِي حِصَّتِهِ .

* * *

= قال : لأن لها نوع قوة من الدبيب ، ولأنه ذو كرٍّ وفرٍّ . فوائد : الحصان والجمل والحمار : للذكر . والناقة والبقرة والحجرة والأتان : للأنثى . وأما الفرس : فللذكر وللأنثى . قال في الفائق : قلت : والبغل للذكر ، والبغلة تحتمل وجهين . انتهى . ولو قال : « عشرة من إبلي وغنمي » فهو للذكر والأنثى . على الصحيح . وقال المصنف ، والشارح : يحتمل أنه قال « عشرة » بالهاء فهو للذكور . وبعدمها للإناث . و « الرقيق » للذكر والأنثى والخنثى » .

٣١٤٦ - والوصية إن كانت لاثنين من أهل الاستحقاق ، فإما أن يكون أحدهما حيًا والآخر ميتًا وقت إيجاب الوصية ، وإما أن يكونا حيين وقته ، فإن كان الأول بأن قال شخص : أوصيت لفلان وفلان بثُلث مالي وأحدهما ميت في هذا الوقت استحق الموجود منهما كل الثلث الموصى به ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها . ولكن هذا مشروط بشرطين :

الأول : أن يكون الموصي عالمًا بوفاة أحدهما كما ورد عن أبي يوسف فإن لم يعلم بموته فلا يستحق الحي إلا نصف الثلث ؛ لأن الوصية عنده صحيحة لهما فلم يرض للحي إلا بنصف الثُلث بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت تكون لاغية فيكون راضيًا بكل الثُلث للحي .

الثاني : ألا يصرح بكلمة بين بأن قال : ثُلث مالي لفلان وفلان . أما لو صرح بها بأن قال : ثُلث مالي بين فلان وفلان . فلا يستحق الموجود إلا النصف ولو كان عالمًا بوفاة أحدهما ؛ لأن هذه الكلمة توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة . ألا ترى أن قوله تعالى : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ﴾ (١) . مقتض للتنصيف بدليل الآية الثانية : ﴿ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ (٢) .

٣١٤٧ - وإن **كان الثاني** : وهو ما إذا كان كل منهما موجودًا وقت الوصية ، ولكن مات أحدهما قبل موت الموصي أو استمر حيًا إلا أنه خرج من استحقاقه في الوصية لفقدان بعض الشروط كما إذا قتل الموصي ؛ فإنه يخرج بحصته من الموصى به ، فلا يستحق الآخر إلا نصف الثلث الموصى به ؛ لأن الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة في حق الآخر .

ومثل هذا ما إذا قال : ثُلث مالي لفلان وفلان إن مت وهو فقير . فمات فُلان وفُلان الثاني غني كان للأول نصف الثُلث .

وكذا لو قال : ثُلث مالي لفلان وفلان إن كان فلان في هذا البيت . ولم يكن فيه كان للأول نصف الثلث ؛ لأن بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر .

وبالجملة : فالأصل في هذه المسائل أنه متى دخل كل منهما في الوصية ثم خرج أحدهما لفقد شرط فلا يوجب الزيادة في حق الآخر ، ومتى لم يدخل أحدهما في

---

(١) القمر : ٢٨ . (٢) الشعراء : ١٥٥ .

الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر فإذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصي بل بقى بعده استحق كل منهما نصف الموصى به إن قَبِلا .

٣١٤٨ - فإن ردا ملكته الورثة وإن قبل أحدهما ورد الآخر أخذ القابل حصته والورثة حصة الراد ، فإن قبل أحدهما ومات الآخر قبل القبول والرد دخل نصيبه في ملك ورثته استحسانًا ، وإن كان القياس يأبى ذلك كما تقدم لك في شرح مادة (٥٤١) [١] .

(مادة ٥٥٠)

إِذَا أُوصِيَ لأَحَدٍ بِعَيْنٍ أَوْ بِنَوْعٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الأَنْوَاعِ الَّتِي تُقْسَمُ جَبْرًا ، كَثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ غَنَمِهِ أَوْ ثِيَابِهِ الْمُتَّحِدَةِ جِنْسًا ، فَهَلَكَ ثُلُثَاهُ ؛ فَلَهُ الْبَاقِي بِتَمَامِهِ إِنْ خَرَجَ مِنْ ثُلُثِ بَاقِي جَمِيعِ أَصْنَافِ مَالِ الْمُوصِي .

وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ بِصِنْفٍ أَوْ نَوْعٍ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَبْرًا ، كَثُلُثِ دَوَابِّهِ أَوْ ثِيَابِهِ الْمُتَفَاوِتَةِ جِنْسًا ، فَهَلَكَ الثُّلُثَانِ ؛ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ ثُلُثِ كُلِّ الْمَالِ [٢] .

* * *

٣١٤٩ - ثم إن الوصية إما أن تكون بجزء من كل المال ، وإما أن تكون بجزء من نوع منه .

فإن كان الأول : كما إذا قال : أوصيت لفلان بربع مالي أو بثلثه ؛ أعطينا الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوبًا إلى كل المال وقت وفاة الموصي إذا لم يمنع مانع من التنفيذ .

٣١٥٠ - **وإن كان الثاني** : كما إذا قال : أوصيت لفلان بثلث دراهمي أو ثُلُث غنمي أو خيلي . فإما أن يكون النوع الذي أوصى بثلثه من الأنواع التي لا تقسم جبرًا ، وإما أن يكون من الأنواع التي تقسم جبرًا .

فإن كان الأول : كالخيل والغنم واستمر كل النوع الموصى بثلثه في ملك الموصي

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٤٣) : ١ - إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له .

٢ - إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه ضمن حدود ثلث التركة غير محسوب منها الهالك .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٥٤٤) .

حتى مات ؛ استحق الموصى له جميع ثلثه وإن هلك منه شيء بعد الوصية وقبل موت الموصى ، سواء كان الهالك كثيرًا أو قليلًا ؛ فلا يستحق الموصى له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصى فإذا فرضنا أنه هلك الثلثان وبقي الثلث ؛ فليس له إلا ثلث ما بقى منه ولو خرج الثلث الباقي من ثلث جميع أموال الموصي ، إذ النوع صار مشتركًا بينهما ، فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين ، ولأن هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص ؛ فتبطل بفواته وقت الموت وهذا الحكم متفق عليه .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان النوع الموصى بثلثه من الأنواع التي تقسم جبرًا كالدراهم ، فإن استمر ما كان موجودًا من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصي ؛ استحق ثلثه أيضًا ، أما إذا هلك شيء منه قبل موته ، ففيه خلاف ، فالإمام الأعظم وصاحباه يقولون : يستحق الموصى له ثلث كل النوع باعتباره وقت الوصية لا وقت الموت لكن بشرط أن يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصي .

٣١٥١ - فإذا كان الهالك الثلثين ؛ أخذ الموصى له بالثلث الثلث الباقي بتمامه متى خرج من ثلث جميع أموال الموصي .

فإذا فرضنا أن شخصًا أوصى لغيره بثلث دراهمه وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت ألفًا وخمسمائة ؛ أخذ الموصى له ألف درهم إذا كانت جميع أموال الموصي تساوى ثلاثة آلاف درهم ، فإن كانت تساوى أقل ؛ أخذ الموصى له من الدراهم بمقدار ما يخرج من الثلث .

وقال زفر : لا يُستحق الموصى له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصي ولو خرج جميعه من ثلث ماله .

وينبني على قوله : أن الموصى له لا يستحق في المثال المتقدم ذكره إلا خمسمائة درهم ولو كانت للموصي أموال غيرها ، ووجه قول الإمام وصاحبيه : أنه في النوع الواحد الذي يقسم جبرًا يجمع حق الموصى له في الباقي تقديمًا للوصية على الميراث ؛ ولأنه لو لم يهلك شيء فللقاضي أن يجعل هذا الباقي له بخلاف ما إذا كان من الأنواع التي لا تقسم جبرًا .

ووجه قول زفر : أن النوع الموصى به صار مشتركًا بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك فصار كما إذا كان الموصى ببعضه من الأنواع التي لا تقسم جبرًا وهو ظاهر ، ولذا قال كثير من المؤلفين : نأخذ به ؛ لأنه

موافق للقياس .

٣١٥٢ - والفرق بين ما لا يقسم جبرًا وما يقسم جبرًا : أن أفراد النوع إن كانت مختلفة في القيمة كالغنم والخيل والبقر فهي من الأنواع التي لا تقسم جبرًا ؛ بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين أشخاص وطلب أحدهم قسمتها وامتنع الباقي ؛ لم يجبرهم القاضي على القسمة ؛ لأن معنى المعاوضة غالب فيها في هذه الحالة فلا بد من الاختيار .

وإن كانت الأفراد متساوية في القيمة كالدراهم والدنانير والبر والقطن المتحدين في النوع والصفة ؛ كانت من الأنواع التي تقسم جبرًا ، فمتى طلب القسمة أحد الشركاء وامتنع الآخر ؛ ألزمه القاضي بها ؛ لأن القسمة في هذه الحالة يغلب فيها إفراز أحد النصيبين عن الآخر ، وهذا لا يلزم فيه الرضا .

(مادة ٥٥١)

إِذَا أُوصِيَ لأَحَدٍ بِمِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ ، وَلَهُ دَيْنٌ مِنْ جِنْسِهَا وَعَيْنٌ ، فَإِنْ خَرَجَ الْقَدْرُ الْمُوصَى بِهِ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دُفِعَ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا يُدْفَعُ لَهُ ثُلُثُ الْعَيْنِ ، وَكُلُّ مَا تَحَصَّلَ مِنَ الدَّيْنِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ (١) .

* * *

٣١٥٣ - هذه الأحكام المتضمنة في المادة السابقة فيما إذا كانت الوصية بجزء معين ، سواء أضيف هذا الجزء إلى كل المال أو إلى نوع منه ، أما إذا أوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كألف جنيه مصرية وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصي ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية نفذت .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٩٠/٦) : « إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه ؛ لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد فيصار إليه قال رحمه الله (وإلا فثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف) أي إن لم يخرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ثلث العين ، ثم كلما خرج شيء من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الألف ؛ لأن الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ، ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ؛ لأن للعين مزية على الدين ؛ ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ، ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث ، وإنما يصير مالًا عند الاستيفاء ، وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدَّيْن والعين أثلاثًا فيصار إليه » .

٣١٥٤ - ولكن إذا لم يكن بعض التركة ديونًا ، فإذا كان فيها ديون والمبلغ الموصى به يخرج من ثُلث الأموال الموجودة غير منضمة إلى الديون ؛ أخذ الموصى له هذا المبلغ من المال الموجود ؛ إذ لا ضرر على الورثة ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الديون شيئًا .

٣١٥٥ - أما إذا كان المبلغ لا يخرج من ثُلث التركة إلا بضم الديون إليها ، فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الأموال الموجودة ، بل يأخذ ما يخرج من ثُلثها والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون ، فكلما يقبض شيء منها يأخذ ثُلثه حتى يكمل له المبلغ ، فإذا فرضنا أن شخصًا أوصى لغيره بألف جنيه مصرية ومات تاركًا مالًا يساوي أربعة آلاف جنيه وليس في هذا المبلغ ديْن له ، أو كان من ضمنه ألف جنيه دينًا ؛ أعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه ؛ لأنه يخرج من ثُلث الأموال الموجودة ، وإن كانت التركة تساوي ثلاثة آلاف جنيه ومنها ألف دينًا ، أعطينا الموصى له ثُلثي الألفين ، وكل ما أخذ من الألف الدين يدفع له ثُلثه إلى أن يستوفي حقه ، لأننا لو أعطيناه ألفًا من الألفين الموجودين لتضررت الورثة ؛ إذ ربما لا يحصلون على شيء من الديْن ، ولو منعناه أخذ شيء من الموجود وأحلناه على المديونين يستوفي حقه منهم لتضرر هو ؛ لأنه قد لا يحصل على شيء منهم لعدم قدرتهم ، فلا بد من إعمال طريقة لا ضرر فيها على واحد منهما وهي طريقة التي بيناها فاتبعها .

الفصل الثالث
في الوصية بالمنافع

(مادة ٥٥٢)

إِذَا أُوصِيَ لأَحَدٍ بِسُكْنَى دَارِهِ أَوْ بِغَلَّتِهَا ، وَنَصَّ عَلَى الأَبَدِ أَوْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ وَلَمْ يُقَيِّدْهَا بِوَقْتٍ ؛ فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّكْنَى وَالْغَلَّةُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، وَبَعْدَ مَوْتِهِ تُرَدُّ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي .

وَإِنْ قُيِّدَتِ الْوَصِيَّةُ بِمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ ؛ فَلَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا إِلَى انْقِضَاءِ تِلْكَ الْمُدَّةِ.

وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ سِنِينَ ، تَنْصَرِفُ إِلَى ثَلاثِ سَنَوَاتٍ لَا أَكْثَرَ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٦/٢٠٢ ، ٢٠٣) : « (باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة) قال رحمه الله : (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدًا) ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسًا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه ، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتًا ومؤبدًا كما في العارية ؛ فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث ؛ فإنه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له ، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى ، وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة ؛ لأنها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل ؛ إذ الموصي محتاج إلى التقرب إلى الله تعالى بما يقدر عليه ، وكذا الموصى له محتاج إلى قضاء حاجته بأي شيء كان قال رحمه الله : (فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) ؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة فيه قال رحمه الله : (وإلا) أي : وإن لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين والموصى له يومًا) ؛ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة فيخدمهم أثلاثًا ، هذا إذا كانت الوصية غير مؤقتة ، وإن كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلًا ، فإن كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يومًا إلى أن يمضي ثلاث سنين فإذا مضت سلم إلى الورثة ؛ لأن الموصى له استوفى حقه ، وإن كانت معينة فإن مضت السنة قبل موت الموصي ؛ بطلت الوصية ، وإن مات قبل مضيها ؛ يخدم الموصى له يومًا ، والورثة يومين إلى أن تمضي تلك السنة ، فإذا مضت سلم إلى الورثة .

وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث ؛ حيث يقسم عين الدار أثلاثًا للانتفاع بها لإمكان قسمة عين الدار أجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانًا وذاتًا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانًا ، ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضًا ؛ لأن الحق لهم إلا أن الأول أولى لكونه أعدل ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار ؛ لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرًا بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث ، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون عنه وعن أبي يوسف رحمه الله لهم ذلك ؛ لأنه خالص حقهم والظاهر الأول والمعنى ما بيناه » . =

٣١٥٦ - قد عرفت أن تعريف الوصية في اصطلاح الفقهاء هو : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

فيؤخذ من هذا : أن الوصية كما تصح بالأعيان تصح بالمنافع ؛ إذ التمليك يشملهما ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل ويكون إجارة أو بغير بدل ويكون إعارة ، فكذا بعد الممات ويكون وصية .

٣١٥٧ - ومتى صحت الوصية بمنافع الأعيان ؛ كان الشيء الموصى بمنفعته محبوسًا على ملك الميت في حق المنفعة ، ولذا يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف .

= **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٤/٧٥) : « (و) تصح الوصية (بالمنافع) المباحة وحدها مؤقتة ومؤبدة ومطلقة ، والإطلاق يقتضي التأبيد ؛ لأنها أموال متقابلة بالأعواض كالأعيان ، وتصح بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر ، وإنما صحت في العين وحدها لشخص مع عدم المنفعة فيها لإمكان صيرورة المنفعة له بإجارة أو إباحة أو نحو ذلك ، قال الزركشي : ولا يصح استثناء منفعة العين إلا في الوصية ، ولو قبل الموصى له بالعين ورد الموصى له بالمنفعة ؛ عادت إلى الورثة لا إلى الموصى له بالعين كما قاله ابن الرفعة ، ولم يتعرض الشيخان لهذه المسألة ، (وكذا) تصح (بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح) ؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقًا بالناس وتوسعة فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم ، والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية ، وقيل : لا يصح لأن التصرف يستدعي متصرفًا فيه ولم يوجد ، وعلى الأول إذا أوصى بما يحدث هذا العام أو كل عام عمل به ، وإن أطلق فقال : أوصيت بما يحدث فهل يعم كل سنة أو يختص بالسنة الأولى ، قال ابن الرفعة : الظاهر العموم ، وسكت عليه السبكي وهو ظاهر ، وإذا قلنا بالصحة في الحمل فولدته لدون ستة أشهر ؛ لم يكن موصى به ؛ لأنه كان موجودًا ، وإنما أوصى بما سيحدث أو لأكثر من أربع سنين كان موصى به أو بينهما وهي ذات زوج صحت وإلا فلا قاله الماوردي تنبيه : تثنية الضمير بعد العطف بأو مذهب كوفي ، أما البصري فيفرده فكان الأحسن للمصنف أن يقول سيحدث » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطإ (٦/١٦٠) : « جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، والليث ، وقال ابن أبي ليلى : لا يصح ذلك ، وقال الطحاوي وهو القياس ، ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعرية » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/٩٢ ، ٩٣) : « وإن أوصى بثمرة شجرة ، أو بستان ، أو غلة دار ، أو خدمة عبد ، صح ، سواء وصى بذلك في مدة معلومة ، أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله ، هذا قول الجمهور ، منهم ؛ مالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وقال ابن أبي ليلى : لا تصح الوصية بالمنفعة ؛ لأنها معدومة ، ولنا : أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة ، فتصح الوصية بها ، كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال ، نص عليه أحمد في سكنى الدار ، وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها ، فإن لم تخرج من الثلث ، أجيز منها بقدر الثلث ، وبهذا قال الشافعي ، ومالك .

٣١٥٨ - **وينبني على صحة الوصية بالمنافع** : أنه إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره ، أو بغلتها ، أو بغلة أرضه صح ذلك ، ولكن عند الوصية بما ذكر لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الأول : أن ينص على الأبد ، الثاني : أن يطلق الوصية ، الثالث : أن يقيدها بمدة معينة .

٣١٥٩ - **فإن كان الأول** ، كما إذا قال : أوصيت لفلان بسكنى بيتي ، أو بغلة أرضي الفلانية أبدًا ؛ استحق الموصى له الغلة والسكنى مدة حياته ، وبعد موته ترد إلى ورثة الموصى .

٣١٦٠ - **وإن كان الثاني** ، بأن قال : أوصيت لفلان بسكنى داري ، أو بغلة أرضي ، فالحكم كالأول .

٣١٦١ - **وإن كان الثالث** ، كما إذا قال : أوصيت لفلان بغلة أرضي ، وبين مدة ، فإما أن تكون المدة غير معينة ، وإما أن تكون معينة ، فإن كان الأول كما إذا قال : أوصيت لفلان بغلة أرضى الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هذه المدة بعد موت الموصى ؛ لأنه وقت التمليك وإن كان الثاني بأن قال : أوصيت لفلان بسكنى بيتي الفلاني سنة (١٣٢٢ هجرية) ، فإن مضت السنة المذكورة والموصي حي بطلت الوصية ؛ لأنه لا يستحق إلا بعد موت الموصي ، وقد عين زمنًا ومضى هذا الزمن في حياته ؛ فلا يثبت الاستحقاق في غيره ، وإن مات قبل مضيها ؛ استحق الموصى له السكنى فيها ومثله ما إذا مات بعد مضى بعضها .

٣١٦٢ - وهذا إذا كان العدد مصرحًا به في الوصية ، أما إذا لم يصرح به بأن قال : أوصيت لفلان بغلة أرضي سنين ؛ استحق الموصى له الغلة ثلاث سنين لا أكثر ؛ لأنه جمع والجمع وإن كان يطلق على الأكثر منها إلا أن المحقق هو أقل ما يطلق عليه وهو ثلاث ، فاتبعناه تاركين المشكوك فيه .

(مادة ٥٥٣)

إِذَا خَرَجَتِ الْعَيْنُ الْمُوصَى بِسُكْنَاهَا أَوْ بِغَلَّتِهَا مِنْ ثُلُثِ مَالِ الْمُوصِي ، تُسَلَّمُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ لِلانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى حَسَبِ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثلثِ ، وَكَانَتْ مُحْتَمِلَةً لِلْقِسْمَةِ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي مَالٌ غَيْرُهَا ، تُقَسَّمُ أَثْلَاثًا إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالسُّكْنَى ، أَوْ تُقَسَّمُ غَلَّتُهَا إِنْ كَانَتْ بِالْغَلَّةِ .

وَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِلْوَرَثَةِ الثُّلُثَانِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُمْ بَيْعُ الثُّلُثَيْنِ مُدَّةَ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ كَانَ لِلْمُوصِي مَالٌ غَيْرُهَا ، تُقَسَّمُ بِقَدْرِ ثُلُثِ جَمِيعِ الْمَالِ (١) .

* * *

٣١٦٣ - ولكن لا يستحق الموصى له سكنى البيت ، أو غلة الأرض طول عمره ، أو المدة التي عينها الموصى ؛ إلا إذا كان البيت الموصى بسكناه أو الأرض الموصى بغلتها تخرج من ثلث أموال الموصى .

٣١٦٤ - فإن كان الثلث يضيق عنها ؛ فلا يستحق الموصى له إلا بقدر ما يخرج من الثلث إذا لم تجز الورثة ، وحينئذٍ فإما ألا يكون للموصى مال سوى البيت الموصى بسكناه أو يكون .

فإن كان الأول : اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة في المكان أو الزمان ؛ لأن الحق لهم ، فالأولى بأن يقسم البيت أثلاثًا لينتفع كل باستحقاقه إلى أن يموت الموصى له ، أو يمضى الزمن المعين ؛ فيرد جميعه إلى الورثة ، والثانية : وهي المهايأة بحسب الزمان بأن يسكنه الورثة سنتين ، والموصى له سنة إلى أن يموت أو يستوفي ما عين له ، وبعد ذلك

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٣٠٠) : « (قوله : فإن خرجت رقبة العبد من الثلث سلم إليه ليخدمه) ؛ لأن حق الموصى له في الثلث ولا يزاحمه فيه الورثة .

(قوله : وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يومًا) ؛ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين ، وهذا إذا لم تجز الورثة ؛ لأن العبد لا يمكن قسمته أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ويمكن استيفاء خدمته على المهايأة ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثًا للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانًا وذاتًا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانًا ثم العبد الموصى بخدمته ليس للورثة أن يبيعوه إلا إذا أجاز الموصى له بالخدمة ، فإذا أجاز لم ينتقل حقه إلى العوض .

(قوله : فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة) ؛ لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه وذلك لا يجوز » .

يكون جميعه للورثة إلا أن الأولى أعدل ؛ لأن فيها التسوية بينهما زمانًا ومكانًا ، وفي الثانية تقديم أحدهما زمانًا ، وعندما تكون المهايأة بحسب المكان ؛ لا يجوز للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الثلثين ؛ لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية .

٣١٦٥ - إنما أعطيناه الثلث لعدم ظهور مال للموصي سوى البيت ومن الجائز أن يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثه ، فيكون له الحق في سكنى جميعه ، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون منه ، وعند أبي يوسف : أنهم يملكون ذلك ؛ لأنه خالص حقهم والظاهر الأول .

٣١٦٦ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان للموصي مال غير البيت الموصى بسكناه ، إلا أنه لا يخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال .

إذا كان البيت نصف التركة استحق الموصى له ثلثيه والورثة الثلث ؛ لأن ثلثي البيت التركة فتنفذ الوصية في ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرّج بقية المسائل.

هذا إذا كانت الوصية بالسكنى ، فإن كانت بالغلة ، سواء كانت على البيت أو الأرض ، فلا يقسم البيت أو الأرض ، بل يؤجر كل منهما وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له .

٣١٦٧ - والذي علم أن الوصية ، سواء كانت بالسكنى أو بالغلة ينظر فيها إلى العين الموصى بسكناها أو بغلتها ، فإن كانت نفس العين تخرج من الثلث ؛ سلمناها إلى الموصى له للانتفاع بسكناها أو بغلتها على حسب عقد الوصية ، وإن لم تخرج منه ؛ سلم إليه منها بمقدار الثلث ، فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالأعيان .

٣١٦٨ - استظهر ابن عابدين أن في المسألة روايتين : إحداهما : هذه ووجهها : أن المقصود من الأعيان منافعها فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث ؛ صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها ، فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها .

والثانية : أن النظر إلى المنفعة الموصى بها فتقوم المنفعة وينظر إلى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصي .

ينبني على هذه الرواية : أنه إذا أوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة ؛ قومنا سكنى البيت في هذه المدة ، ونسبنا هذه القيمة إلى أموال الموصي ، فإن كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت إلى الموصى له للانتفاع

بسكناه هذه المدة ، فإذا فرضنا أنه يستأجر فيها بثلثمائة وستين جنيهًا وكانت قيمة البيت ألفًا وخمسمائة ؛ سلمناه جميعه إلى الموصى له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الأولى ؛ فإنه لا حق له إلا في ثلث البيت .

ووجه هذه الرواية : أن الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر إنما يكون للموصى به لا لغيره والأولى هي المتداولة في أكثر الكتب ، وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية إذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول عمر الموصى له .

(مادة ٥٥٤)

الْمُوصَى لَهُ بِالسُّكْنَى لَا تَجُوزُ لَهُ الإِجَارَةُ ، وَالْمُوصَى لَهُ بِالْغَلَّةِ لَا تَجُوزُ لَهُ السُّكْنَى (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧١٥/٢) : « (ولا) يجوز (لمن وصى له بالخدمة) في العبد (والسكنى) في الدار (أن يؤاجر) العبد والدار ، وقال الشافعي : له ذلك ؛ لأن تمليك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة تملك الإجارة ، وكذا إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت ، وهذا لأن المنافع كالأعيان عنده لما مر بخلاف المستعير ؛ فإنه لا يتملك المنفعة ؛ لأنها إباحة الانتفاع عنده ، ولهذا لا يتعلق بالإعارة اللزوم ، والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم . **ولنا** : أن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فإنه لا يملك الإجارة ؛ وذلك لأن المستعير مالك للمنفعة ؛ إذ التمليك في حال الحياة أقرب إلى الجواز بعد الممات وإذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلأن تحتمل ذلك في حال الحياة أولى » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٠٣/٤) : « (تصح) الوصية (بمنافع عبد) ونحوه من الدواب (ودار) ونحوها من العقارات (و) نحو (غلة حانوت) كثمرة بستان مؤقتة ومؤبدة ، والإطلاق يقتضي التأبيد ؛ لأنها أموال مقابلة بالأعواض ، فكانت كالأعيان ، وضبط الإمام المنافع بما يملك بالإجارة ، وغلة عطف على منافع ، وهو مشعر بمغايرتها لها .

قال السبكي : والمنافع والغلة متقاربان ، وكل عين فيها منفعة فقد يحصل منها شيء غير تلك المنفعة ، إما بفعله كالاستغلال ، أو بعوض عن فعل غيره ، أو من عند الله تعالى وذلك الشيء يسمى غلة ؛ فالموصى له به يملكه من غير ملك العين ؛ ولأن المنفعة كأجرة العبد والدار والحانوت وكسب العبد وما ينبت في الأرض كله غلة تصح الوصية به كما تصح بالمنفعة .

تنبيه : قد ذكر المصنف في أول الباب الوصية بالمنافع ، وإنما أعادها ليرتب عليها قوله : (ويملك الموصى له منفعة العبد) الموصى بها ، وليست مجرد إباحة خلافًا لأبي حنيفة . لنا : أن الوصية بذلك تلزم بالقبول ، بخلاف العارية ، فله أن يؤجر ويعير ويورث عنه ويوصي بها ، ولهذا عبر المصنف بالمنفعة دون أن ينتفع ، فإنه لو قال : أوصيت لك بأن تنتفع به حياتك ، أو بأن تسكن هذه الدار ، أو بأن يخدمك هذا العبد إباحة لا تمليك ؛ فليس له الإجارة ولا الإعارة في أصح الوجهين ، ويفارق ما مر بأنه هنا عبر بالفعل ، وأسنده إلى =

٣١٦٩ - فإذا أراد الموصى له أن يستوفي الموصى به بأن أراد أن يسكن البيت في الوصية بالسكنى ، أو يستغله في الوصية بالغلة ؛ فلا حق لأحد في معارضته .

٣١٧٠ - أما إذا أراد أن يستوفي غير الموصى به بأن أراد من له السكنى الإجارة وأخذ الأجرة ، أو أراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه ؛ فلا يمكن من ذلك .

٣١٧١ - **أما الأولى** : فباتفاق الحنفية ، وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه : يملك ذلك ، لأنه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تمليكها لغيره ببدل وبغير بدل ؛ لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية ؛ لأنها ليست بتمليك وإنما هي إباحة عنده.

ودليلنا : أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بغير بدل ، فلا يملك تمليكه ببدل ، اعتبارًا بالإعارة ؛ فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك ببدل فكذلك الوصية .

وتحقيق هذا الدليل : أن التمليك ببدل لازم وبغيره ليس لازمًا ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل ، والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، والمتبرع بعد موته لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو ففي وضعه غير لازم .

٣١٧٢ - **وأما الثاني** : وهو ما إذا كانت الوصية بالغلة وأراد الموصى له السكنى

= المخاطب فاقتضى قصوره على مباشرته بخلافه ثم .

تنبيه : إطلاقه المنفعة يقتضي عدم الفرق بين المؤبدة والمقيدة وهو كذلك كما قطعًا به في باب الإجارة خلافًا لما مشينا عليه هنا من أن الوصية المؤقتة إباحة فلا يؤجر (و) يملك أيضًا (أكسابه المعتادة) كاحتطاب ، واصطياد ، وأجرة حرفة ونحوها ؛ لأنها إبدال المنافع الموصى بها بخلاف النادرة كالهبة واللقطة ؛ لأنها لا تقصد بالوصية ، وعن ابن عبد السلام أنه قال : ما زلت أستشكل ملك الرقبة دون المنفعة وأقول : هذا إنما ينتفع ويملك المنافع ، فما الذي بقي لمالك الرقبة حتى رأيت في المنام قائلا يقول : لو ظهر في الأرض معدن ملكه مالك الرقبة دون المنفعة ا هـ . وله أيضًا : عتقه وبيعه من الموصى له » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطإ (٦/١٦٠) : « من أوصى له بخدمة عبد ، أو سكنى دار ؛ جاز له أن يكري ذلك إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافًا لأبي حنيفة ، والدليل على ما نقوله : أن هذه منافع فصح بدلها ، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/٩٢ ، ٩٣) : « وإن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ؛ جاز ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصية ؛ لأنه إنما أوصى له باستيفائه ، **ولنا** : أنها منفعة يملكها ملكًا تاما ، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كما لو ملكها بالإجارة . وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد ، فله ذلك ، وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لا يخرجه إلا أن يكون أهله في غير البلد ، فيخرجه إلى أهله . ولنا : أنه مالك لنفعه ، فملك إخراجه ، كالمستأجر » .

بنفسه ، ففيها خلاف بين الحنفية ، فمن قال بالجواز وجه كلامه بأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، ولأن الغير يسكن لأجله فإذا سكن بنفسه جاز أيضًا .

ومن قال بعدمه ، وجه كلامه بأن الغلة دراهم أو دنانير مثلًا ، وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ؛ فإنه لو ظهر دَيْن على الموصى يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها .

ولكن يقال على هذا : إذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه ؛ لأنه استوفي غير حقه في المسألتين وصرحوا بأن الثاني أصح فتأمل .

(مادة ٥٥٥)

إِذَا أَوْصَى بِغَلَّةِ أَرْضِهِ لأَحَدٍ ، فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ بِهَا وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي وَالْغَلَّةُ الَّتِي تَحْدُثُ بِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، سَوَاءٌ نَصَّ عَلَى الأَبَدِ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ أَطْلَقَهَا (١) .

* * *

٣١٧٣ - وهذه الأحكام المتضمنة في المادة السابقة وشرحها فيما إذا كانت الوصية

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٦/٢٠٣ ، ٢٠٤) : « (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وإن زاد أبدًا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي : إذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبدًا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه ؛ فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل . **فحاصله** : أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائمًا وبالثمرة لا يستحق إلا القائم ، إلا إذا زاد أبدًا ؛ فحينئذٍ يصير كالغلة فيستحقه دائمًا ، وهو المراد بقوله : « وإن زاد أبدًا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه » أي : إذا زاد في الثمرة لفظة أبدًا ؛ صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما ، فيحتاج إلى الفرق بينهما ، والفرق : أن الثمرة اسم للموجود عرفًا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة ، مثل : التنصيص على الأبد ؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم ، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئًا ، أما الغلة : فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفًا ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى .

وأما الثمرة : فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه ، وإنما قيده « بقوله : وفيه ثمرة » ؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها ؛ فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازًا ؛ فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملًا في حقيقته ، فلا يتناول المجاز ، وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ، ولا يجوز الجمع بينهما ، إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد ؛ تناولهما عملًا بعموم المجاز لا جمعًا بين الحقيقة والمجاز » .

بالغلة أو بالسكنى ، أما إذا كانت بالثمرة كما إذا قال شخص : أوصيت بثمرة أرضي أو بستاني لفلان ، فإما أن يقول : أبدًا ، وإما أن يعين مدة ، وإما أن يطلق .

فإن كان الأول : استحق الموصى له الثمرة ما عاش إذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصي .

وإن كان الثاني : استحقها المدة المعينة .

وإن كان الثالث : بأن قال : أوصيت لفلان بثمرة بستاني ولم يزد شيء ، فإما أن يكون به ثمرة وقت موت الموصي ، وإما ألا يكون .

فإن كان الأول : استحق الموجودة فقط ، **وإن كان الثاني** : استحقها مدة عمره ؛ وحينئذٍ تكون الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة في صورة الإطلاق ، فإنه في الوصية بالغلة في هذه الصورة يملك الغلة مدة عمره كما لو نص على التأبيد فيحتاج إلى الفرق بينهما ، وهو مبني على العرف ؛ لأن الثمرة اسم للموجود عرفًا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم ، أما الغلة : فتشمل الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى في العرف ؛ ولذا يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ، وأرضه ، وبيته ؛ فإذا أطلقت تتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى .

(مادة ٥٥٦)

إِذَا أَوْصَى بِثَمَرَةِ أَرْضِهِ أَوْ بُسْتَانِهِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ ؛ فَلِلْمُوصَى لَهُ الثَّمَرَةُ الْقَائِمَةُ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي دُونَ غَيْرِهَا مِمَّا يَحْدُثُ مِنَ الثِّمَارِ بَعْدَهُ .

وَإِنْ نَصَّ عَلَى الأَبَدِ ؛ فَلَهُ الثَّمَرَةُ الْقَائِمَةُ وَقْتَ مَوْتِهِ وَالثَّمَرَةُ الَّتِي تَتَجَدَّدُ بَعْدَهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا ثِمَارٌ وَقْتَ وَفَاتِهِ [١] .

* * *

٣١٧٤ - وأما الثمرة : فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/١٢٢ ، ١٢٣) : « وإذا أوصى لرجل بثمرة بستانه فهو على وجهين : إما أن قال : أبدًا ، أو لم يقل فإن لم يقل فهو على وجهين : أيضًا فإن كان في بستانه ثمار قائمة يوم الموت ؛ كانت له تلك الثمار من ثلث ماله ؛ ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك إلى أن يموت إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله ، هذا إذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت ؛ فأما إذا لم يكن في البستان ثمار قائمة يوم الموت ؛ فالقياس أن تبطل الوصية ، ولا تنصرف الوصية إلى ما يحدث من الثمار بعد الموت ، ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحدث من الثمار بعد الموت إلى أن يموت الموصى له ، =

عليه ، وإنما شملت الغلة الموجود والمعدوم في صورة الإطلاق وكانت غير موجودة وقت موت الموصى ؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم إلا مجازًا ، فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملًا في حقيقته فلا يتناول المجاز .

وإذا لم يكن فيه ثمره ؛ يتناول المجاز ، فيستحق كل المعدوم ما عاش ، وحيث إن العرف هو الفارق بينهما ؛ فإذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع .

(مادة ٥٥٧)

إِذَا أُوصِيَ لأَحَدٍ بِالْغَلَّةِ وَلآخَرَ بِالأَرْضِ ، جَازَتِ الْوَصِيَّتَانِ .

وَيَكُونُ الْعُشْرُ وَالْخَرَاجُ وَالسَّقْيُ وَمَا يَلْزَمُ مِنَ الْمَصَارِيفِ لإِصْلَاحِ الأَرْضِ عَلَى صَاحِبِ الْغَلَّةِ ، فِي صُورَةِ مَا إِذَا كَانَ بِهَا شَيْءٌ يُسْتَغَلُّ ، وَإِلَّا فَهِيَ عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْنِ (١) .

* * *

٣١٧٥ - فالذي علم أن الموصى له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصية ، وبعد انتهاء الزمن المعين أو موته يرد إلى الورثة ؛ لأنها باقية على ملكهم ، ولكن هذا إذا لم يوص بنفس الشيء لغير الموصى له بالمنفعة .

فإن فعل ذلك : اتبعت وصيته فينتفع الموصى له بالمنفعة المدة المعينة ، أو مدة عمره على حسب عقد الوصية وبعد الانتهاء تسلم العين إلى الموصى له بالرقبة إن كان حيًا ، وإلا فلورثته وفي وقت انتفاع الموصى له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشيء على صاحب المنفعة كالمستعير ؛ فإن عليه نفقة المستعار .

٣١٧٦ - فإذا كان الموصى به أرضًا ؛ فالعشر ، والخراج والمصاريف اللازمة للإصلاح على المنتفع إن كان بها شيء يستغل ، وإلا فهي على مالك الرقبة ؛ لأن المصاريف والحالة هذه تكون لإصلاحها ، فتلزم مالك الرقبة .

= إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله ، وهذا الذي ذكرنا كله إذا لم ينص على الأبد ، فأما إذا قال : أوصيت لك بثمار بستاني أبدًا ؛ كان له الثمرة القائمة بعد الموت في البستان وما يحدث بعد ذلك » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٢٧/٦) : « ولو أوصى بغَلَّة نخلة أبدًا لرجل ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل ؛ فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة ، فإن حملت عامًا ثم أحالت فلم تحمل شيئًا ؛ فالنفقة على صاحب الغلة ، وهو نظير نفقة الموصى بخدمته ؛ فإنه على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعًا ، وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم ، فإن لم يفعل أي : لم ينفق صاحب الغلة وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل ؛ فإنه يستوفي نفقته من ذلك ، كذا في المبسوط » .

الفصل الرابع
في تصرفات المريض

(مادة ٥٥٨)

التَّصَرُّفُ الإِنْشَائِيُّ الْمُنَجَّزُ الَّذِي فِيهِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ ، إِنْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي حَالِ صِحَّةِ الْمُتَبَرِّعِ ، يَنْفُذُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ .

* * *

٣١٧٧ - لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح ؛ بَين الفقهاء أحكام تصرفات الأول في مبحث على حدته .

٣١٧٨ - ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفًا لحكم تصرفات الصحيح ؛ بل المريض مرض الموت ، فإذن لا بد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذي تصدر منه .

٣١٧٩ - وقد اختلفوا في تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة والمعوّل عليه منها : أنه هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض ؛ ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة لوظائفهم ، كالسوقي ، والكاتب ، والمدرس ، والقاضي وهذا في حق الرجل .

٣١٨٠ - أما في حق المرأة : فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت ؛ **فظهر أنه لا بد في مرض الموت بالنسبة للمذكر والمؤنث من أمرين : وهما** : غلبة الهلاك منه ، والعجز عن القيام بالمصالح . فإذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غلبة الموت ، كالرمد وكسر الرجل مثلًا ، فلا يعد هذا مرض الموت ، لانتفاء غلبة الهلاك . وليس المريض وحده هو الذي تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح ، بل هناك أصحاء يلحقون به في أحكام تصرفاتهم ، وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبًا .

٣١٨١ - **ويتفرع على هذا** : أنه إذا تبارز رجلان ، أو حكم على شخص بالإعدام لارتكابه جريمة القتل مثلًا وقدم ليقتص منه ، أو كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها ، أو غرقت بالفعل ، أو أفترس سبع شخصًا وبقى حيًا في فمه ،

وتصرف كل منهم في هذه الحالة يعتبر هذا التصرف كتصرف المريض مرض الموت .

٣١٨٢ - ثم إن بعض الأمراض لا يستمر طويلًا كالتيفوس ؛ فإن من مرض به يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد ؛ فإن تصرف صاحبه ، فإن صح أو مات ؛ سرت عليه أحكام الأصحاء أو المرضى ، وبعضها قد يمكث زمنًا طويلًا كالسل والفالج ، فإذا تصرف المريض بواحد منهما ؛ اختلفت الأقوال في اعتباره صحيحًا أو مريضًا مرض الموت .

فبعضهم يقول : ما دام يزداد ما به ، فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضًا مرض الموت ، وإن لم يزدد اعتبر صحيحًا .

٣١٨٣ - ومن قائل : إن لم يرج برؤه بتداو ؛ فهو مريض مرض الموت . وإن كان يرجى اعتبر صحيحًا وبعضهم يقول : لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحًا .

٣١٨٤ - وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة ، وبعضهم اعتبر العرف ، وبعضهم يقول : إن لم يلازم فراشه فهو صحيح ، وإلا اعتبر مريضًا . والمعول عليه منها : أنه ما دام يزداد ما بهم من العلة ؛ فحكمهم كالمريض ، فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم بحيث لا يخشى الموت منه ؛ تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح ، فمتى كان الشخص في حالة يغلب عليه فيها الهلاك ، سواء كان مريضًا أو واقعًا في حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالبًا وتصرف وهو في هذه الحالة ومات من مرضه أو وهو على تلك الحالة ؛ حكمنا على هذا التصرف بأنه صدر منه وهو مريض مرض الموت ، أو وهو ملحق به فتجرى عليه الأحكام المناسبة له .

٣١٨٥ - **وبعدما تقدم يمكننا أن نقول** : إن الأشخاص وإن كانوا ينقسمون بحسب التصرفات التي تصدر منهم إلى أقسام كثيرة ، إلا أنه يصح تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى قسمين : الأول : الصحيح : الثاني : المريض مرض الموت ، والملحق به وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة فاستمع لما يلقى عليك حتى تعرف حكم تصرف كل .

٣١٨٦ - التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام إلى قسمين :

القسم الأول : التصرفات المنجزة .

الثاني : التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والأولى ، إما أن تكون إنشائية : وهي التي يقارن مدلولها التلفظ بها ، كالهبة ، والبيع ، والوقف ، فإن التمليك لا يحصل

إلا وقت صدورها ، وأما أن تكون إخبارية وهي التي تكون حكاية عن شيء مضى قبل التلفظ بها وهو الإقرار .

٣١٨٧ - فإن كان التصرف منجزًا وكان المتصرف صحيحًا ، فإما أن يكون غير محجور عليه ، وأما أن يكون محجورًا عليه .

فإن كان الأول : نفذت هذه التصرفات من جميع ماله ، سواء كانت إنشائية أو إخبارية ، وسواء كانت لوارث أو لغير وارث ، وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأزيد منها ، أو تصرفات تبرع كالهِبة والصدقة .

ويتفرع على هذا : أنه إذا باع الشخص المذكور لمن أراد أو اشترى ممن شاء ، أو تصدق على من أراد ؛ فلا حق لأحد في الاعتراض عليه في جميع هذه التصرفات ، وقد تقدم لك هذا المبحث بالنسبة للهِبة في شرح مادة (٥٠١) فراجعه فإنه مفيد .

٣١٨٨ - **وإن كان الثاني** ، وهو ما إذا كان محجورًا عليه اختلفت أحكام التصرفات بالنسبة لسبب الحَجْر الذي قام به ، وأسباب الحَجْر ستة على ما تقدم في محله ، وهي : الصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والدَّيْن والغفلة ، فإذا أردت أن تعرف أحكام تصرفات واحد منهم فما عليك ، إلا أن ترجع إلى مبحثه في الحَجْر تجدها مفصلة تفصيلًا حسنًا .

(مادة ٥٥٩)

التَّصَرُّفُ الْمُضَافُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ يَنْفُذُ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ ، لَا مِنْ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ كَانَ صُدُورُهُ فِي حَالِ الصِّحَّةِ [١] .

* * *

٣١٨٩ - وإن كان التصرف مضافًا إلى ما بعد الموت وهو الوصية بأن قال : وهبت لفلان نصف مالي بعد وفاتي أو أوصيت له به فلا تنفذ من كل المال ، بل من الثلث ، سواء كان صدورها في حال الصحة ، أو في حال مرض الموت .

ولكن نفاذها من الثلث ليس في جميع الأحوال ، بل قد تنفذ الوصية من كل المال ، وقد لا تنفذ في شيء منه ؛ لأن الحكم يختلف باختلاف حال الموصي ، والموصى له ، والموصى به ؛ فلا تكتف بما ذكر في هذه المادة ؛ لأنه في غاية الإجمال فلا يفيدك شيئًا .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٤٥) .

فإذا أردت التفصيل الذي لا مزيد عليه بالنسبة لهذا المقام ؛ فارجع إلى شرح مادة (٥٣٢) والمواد الخمس التي بعدها تجد كل ما تريده في هذا الموضوع .

(مادة ٥٦٠)

جَمِيعُ تَصَرُّفَاتِ الْمَرِيضِ الإِنْشَائِيَّةِ مِنْ هِبَةٍ وَوَقْفٍ وَضَمَانٍ وَمُحَابَاةٍ فِي الإِجَارَةِ ، وَالاسْتِئْجَارِ وَالْمَهْرِ وَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمُعَامَلاتِ ، حُكْمُهَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فِي اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُثِ ، وَالْمَرَضُ الَّذِي يَبْرَأُ مِنْهُ مُلْحَقٌ بِالصِّحَّةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥١/٢) : « مريض وقف دارًا في مرض موته ، فهو جائز إذا كان يخرج من ثلث المال ، وإن كان لم يخرج فأجازت الورثة فكذلك ، وإن لم يجيزوا بطل فيما زاد على الثلث ، وإن أجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما أجازوا وبطل في الباقي إلا أن يظهر للميت مال غير ذلك فينفذ الوقف في الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان .

فإن أبطل القاضي الوقف في الثلثين ثم ظهر له مال ؛ يخرج الكل من الثلث . فإن كان قائمًا بعينه في يد الورثة ؛ تصير كلها وقفًا . وإن لم يكن باع الوارث ؛ لا ينقض بيعه ، لكن يؤخذ منه قدر ما باع ، ويشتري به أرضًا أخرى فتوقف مكانها ، كذا في محيط السرخسي . ولو حصل للميت مال بأن قتل عمدًا ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال لا ينتقض البيع بالاتفاق . ولو باع بعض الورثة دون البعض ، فما لم يبع يعود وقفًا ، وما بيع يشترى بقيمته أرض وتوقف ، كذا في الذخيرة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٨٢/٤ ، ٨٣) : « (إذا ظننا المرض مخوفًا) أي : يخاف منه الموت لا نادرًا وإن لم يكن غالبًا كما نقلاه عن الإمام وأقراه وإن نازع فيه ابن الرفعة (لم ينفذ) بفتح الياء وسكون النون وضم الفاء ، ويجوز ضم الياء ، وفتح النون ، وتشديد الفاء (تبرع زاد على الثلث) بل هو موقوف ، لأنه محجور عليه في الزيادة . تنبيه : استشكل إطلاق المصنف عدم النفوذ بأنه إن كان بالنظر لباطن الأمر ؛ فلا فرق بين أن يظنه مخوفًا أو لا ؛ إذ المناط حينئذٍ المرض المخوف لا ظنًا ، وإن كان بالنظر لظاهر الأمر فهو مخالف لقول الأكثرين حيث قالوا : لو أعتق أمة في مرض موته جاز لوليها أن يزوجها لأنها حرة في الظاهر ، ولا اعتبار باحتمال ظهور دَيْن ، فإن تحققنا نفوذ العتق استمرت الصحة ، وإلا فإن أجاز الوارث وقلنا : هي تنفيذ ، فكما لو خرجت من الثلث أو رد أو أجاز . وقلنا : هي عطية مبتدأة بان فساده .

وقال ابن الحداد : ليس لوليها أن يزوجها ، فكلامهم هذا إنما يأتي على مقالة ابن الحداد . قال الزركشي : وينبغي حمل الوقف في كلامهم على وقف الاستمرار واللزوم لينتظم الكلامان . ا هـ . وهو حمل صحيح (فإن برأ) بفتح الراء وكسرها أي : خلص من المرض (نفذ) بفتح النون التبرع المذكور أي : استمر نفوذه لتبين عدم الحَجْر فإن مات به قال المصنف تبعًا للبغوي أو بهدم أو غرق أو قتل أو ترد لم ينفذ الزائد على الثلث ، هذا كله إذا لم ينته إلى حالة يقطع فيها بموته ، فإن انتهى إلى ذلك بأن شخص بصره بفتح الشين والخاء أي : فتح عينيه بغير تحريك جفن وبلغت روحه الحلقوم في النزع ، أو ذبح أو شق بطنه وخرجت أمعاؤه =

....

= أو غرق فغمره الماء ، وهو لا يحسن السباحة فلا عبرة بكلامه في وصية ولا في غيرها فهو كالميت على تفصيل يأتي في الجنايات (وإن ظنناه) أي : المرض (غير مخوف فمات) منه (فإن حمل) الموت من هذا المرض (على) موت (الفجأة) بضم الفاء وفتح الجيم ممدودًا وبفتح الفاء وسكون الجيم مقصورًا كأن مات وبه وجع ضرس أو عين (نفذ) التبرع (وإلا) أي : وإن لم يحمل على الفجأة كإسهال يوم أو يومين (فمخوف) أي : تبينا باتصاله بالموت أنه مخوف ، لا أن إسهال يوم أو يومين مخوف فلا ينافي ما يأتي . فإن قيل : المرض إن اتصل بالموت كان مخوفًا وإلا فلا فائدة لنا في معرفته . . أجيب بأنه لو قتل أو غرق مثلًا في هذا المرض حكمنا بأنه مخوف لم ينفذ كما مر وإلا نفذ (ولو شككنا في كونه) أي : المرض (مخوفًا لم يثبت إلا ب) قول (طبيبين) عالمين بالطب (حرين عدلين) أي : مقبولي الشهادة ؛ لأنه تعلق به حق آدمي من الموصى له والوارث فاشترط فيه شرط الشهادة كغيرها ، وقد علم من قوله : « طبيبين » كونهما عالمين بالطب ، ومن قوله : « عدلين » كونهما مسلمين مكلفين فإنهما من شروط العدالة ، فلا يثبت بنسوة ولا برجل وامرأتين ؛ لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال . نعم إن كان المرض عِلَّة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالبًا ثبت بمن ذكر . **تنبيه** : أشعر كلام المصنف بقبول شهادتهما في كون المرض غير مخوف وهو كذلك ، كما صرح به الرافعي خلافًا للمتولي وإن علل ذلك بأنها شهادة نفي ؛ لأنه نفي محصور ، ولو قال الطبيبان : هذا المرض سبب ظاهر يتولد منه مخوف فمخوف ، أو يفضي إلى مخوف نادرًا ؛ فلا ، ولو اختلف الوارث والمتبرع عليه في كون المرض مخوفًا بعد موت المتبرع ؛ فالقول قول المتبرع عليه ؛ لأن الأصل عدم الخوف وعلى الوارث البينة ، ولم يعرف المصنف المرض المخوف استغناء بذكر أمثلة منه ذكرها بقوله : (ومن المخوف قولنج) بضم القاف وفتح اللام وكسرها .

قال الرافعي : وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك ، ويقال فيه قولون .

وقد يقال : إن هذا غير القسم الأول ؛ لأنه عند الأطباء أقسام .

تنبيه : قد علم من قول المصنف : ومن المخوف عدم انحصاره فيما ذكره وهو كذلك فإنها كثيرة ، فمنه هيجان المرة الصفراء والبلغم والدم بأن يتورم وينصب إلى عضو كيد ورجل فيحمر وينتفخ ، ومنه الطاعون وهو هيجان الدم في جميع البدن وانفتاحه وإن لم يصب المتبرع إذا كان مما يحصل لأمثاله كما قاله الأذرعي ، ومنه القيء الدائم أو المصحوب بخلط من الأخلاط كالبلغم أو دم ، ومنه الجراحة إذا كانت نافذة إلى الجوف ، أو كانت على مقتل ، أو في موضع كثير اللحم ، أو حصل معها ضربان شديد ، أو تآكل ، أو تورم . ومنه البرسام بكسر الموحدة وهو ورم في حجاب القلب أو الكبد يصعد أثره إلى الدماغ (والمذهب أنه يلحق بالمخوف) من الأمراض السابقة (أسر كفار اعتادوا قتل الأسرى) ولو اعتاد البغاة أو القطاع قتل من أسروه كان الحكم كذلك كما بحثه الزركشي .

أما من لم يعتد قتل الأسرى كالروم فلا خوف في أسرهم (والتحام) أي : اختلاط (قتال بين) فريقين (متكافئين) أو قريبين من التكافؤ سواء أكانا مسلمين أم كافرين ، أم كافرًا ومسلمًا ، ولفظة متكافئين مزيدة على المحرر ، ولا خوف إذا لم يلتحم القتال ولو كانا يتراميان بالنشاب ولا في الفريق الغالب (وتقديم لقصاص) =

....

= بخلاف الحبس له كما هو ظاهر كلامهم ، ذكره البلقيني ، ثم حكى عن بعض المالكية أنه حكاه عن الشافعي .
فإن قيل : مقتضى ما يأتي في الوديعة من أنه إذا مرض مرضًا مخوفًا أو حبس ليقتل لزمه الوصية بها ؛ لأن الحبس للقتل كالتقديم له . أجيب بأن التقديم للقصاص وقت دهشة ، فلو قيل إنه لا يوصي إلا ذلك الوقت ، فإما أن نضمنه لو ترك أو لا ، إن ضمناه أضررناه وإن لم نضمنه أضررنا بالمالك ، فاقتضت المصلحة بأن يلحق الحبس للقتل بالمخوف هناك بخلافه هنا (أو رجم) في الزنا ، أو قتل في قطع طريق (واضطراب ريح) هو مغن عن قوله : (وهيجان موج) لتلازمهما (في) حق (راكب سفينة) في بحر أو نهر عظيم كالنيل والفرات وإن كان يحسن السباحة . نعم إن كان ممن يحسنها وهو قريب من الساحل لا يكون مخوفًا كما قاله الزركشي ، ولا خوف إذا كان البحر ساكنًا (وطلق حامل) بسبب ولادة ، بخلاف إسقاط علقة أو مضغة كما في زيادة الروضة لخطر الولادة دونهما ، وخرج بطلق حامل الحمل نفسه فليس بمخوف .
فائدة : روى الثعلبي في تفسير آخر سورة الأحقاف عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال : « إذا عسر على المرأة ولادتها ، فيكتب في صحفة ثم يغسل ويسقى : بسم الله الرحمن الرحيم لا إله إلا الله الحليم الكريم ، سبحان الله رب السموات ورب الأرض ورب العرش العظيم ، كأنهم يوم يرونها لم يلبثوا إلا عَشِيَّةً أو ضحاها ، كأنهم يوم يرون ما يوعدون لم يلبثوا إلا ساعة من نهار بلاغ ، فهل يهلك إلا القوم الفاسقون (وبعد الوضع ما لم تنفصل المشيمة) وهي التي تسميها النساء الخلاص ، فإن انفصلت المشيمة فلا خوف إن لم يحصل بالولادة جرح ، أو ضربان شديد ، أو ورم .
تنبيه : لا يلحق بالأمراض السابقة وجع العين ولا الضرس ولا الصداع ولا الهرم ولا الجرب ونحو ذلك » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٠/٨) : « ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبين عذر لكونه في نفقته ، أو دينه ، أو سلطانه إلا أن يحلف من يجهل مثله أنه جهل أن له الرد يعني : أن المريض مرضًا مخوفًا إذا أوصى بوصايا في حال مرضه بأكثر من الثلث وأجازها الوارث قبل موت الموصي ، فإن تلك الإجازة تلزم الوارث ما لم يكن الوارث له عذر ، أما إن كان له عذر بأن كان في نفقة الموصي ويخشى أنه إن لم يجز وصيته قطع عنه نفقته ، فإن تلك الإجازة لا تلزمه حينئذٍ ، وكذلك لا تلزمه الإجازة إن كان على الوارث دَيْن للموصي ويخشى أنه إن لم يجز وصيته طالبه بدينه وسجنه ، أو كان يخشى سلطان الموصي وجاهه ، فإن لم يكن للوارث عذر بأحد هذه الأمور ، فإن الإجازة تلزمه إلا أن يحلف من يجهل مثله أنه ما علم أن الإجازة تلزم ، وأنه جهل ذلك ، فإن حلف وكان مثله يجهل ذلك ، فإن الإجازة لا تلزمه حينئذٍ ، وظاهره أنه لا فرق في لزوم الإجازة من الوارث بين من تبرع بالإجازة ومن سأله الموصي في ذلك ، وإليه ذهب غير واحد من شيوخ عبد الحق ، ولا يجوز إذن البِكْر ، ولا الابن السفيه وقوله : (لا بصحة) هو مفهوم قوله : « بمرض » وذكره ليرتب عليه قوله : (ولو بكسفر) يعني أن الإنسان إذا أوصى في حال صحته بوصايا زائدة على ثلث ماله وأجاز الوارث في حال صحة الموصي ، فإن الإجازة لا تلزم الوارث ، ولو كان الموصي فعل ذلك في صحته في حال سفره ، أو في حال حجه ، أو غزوه ، وهذا مدخول الكاف لعدم جريان السبب » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٠٠/٦ ، ١٠١) : « (وما أعطى في مرضه الذي مات فيه ، فهو من الثلث)
وجملة ذلك : أن التبرعات المنجزة ، كالعتق ، والمحاباة ، والهبة المقبوضة ، والصدقة ، والوقف ، والإبراء من =

....

= الدَّيْن ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال ، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال . لا نعلم في هذا خلافًا . وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت ، فهي من ثلث المال ، في قول جمهور العلماء . وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح ؛ لما روى أبو هريرة ﷺ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم ، زيادة لكم في أعمالكم » . رواه ابن ماجه . وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث . وروى عمران بن حصين ، أن رجلًا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ، لا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة . رواه مسلم .

وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته ، فغيره أولى ؛ ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث ، كالوصية . **وحكم العطايا في مرض الموت المخوف ، حكم الوصية في خمسة أشياء** ؛ أحدها : أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة . الثاني : أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة . الثالث : أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ؛ ولأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال : « أن تصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان » متفق عليه . ولفظه : قال رجل : يا رسول الله : أي الصدقة أفضل ، قال : « أن تصدق وأنت صحيح حريص » . الرابع : أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث . الخامس : أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت ، لا قبله ولا بعده .

ويفارق الوصية في ستة أشياء ؛ أحدها : أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها ، وإن كثرت ؛ ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة ؛ لا لحقه ، فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع في الوصية ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية ، بخلاف العطية في المرض ؛ فإنه قد وجدت العطية منه ، والقبول من المعطي ، والقبض ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت . الثاني : أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت ؛ لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال ، فتعتبر شروطه وقت وجوده ، والوصية تبرع بعد الموت ، فاعتبر شروطه بعد الموت . الثالث : أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة ؛ من العلم ، وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه . الرابع : أنها تقدم على الوصية ، وهذا قول الشافعي ، وجمهور العلماء . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وزفر ، إلا في العتق ؛ فإنه حكي عنهم تقديمه ؛ لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ، ويسري وقفه ، وينفذ في ملك الغير ، فيجب تقديمه . ولنا ، أن العطية لازمة في حق المريض ، فقدمت على الوصية ، كعطية الصحة ؛ ولأنها عطية بثمرة ، فقدمت على العتق ، كعطية الصدقة ، وكما لو تساوى الحقان . الخامس : أن العطايا إذا عجز الثلث عن جميعها ، بدئ بالأول فالأول ، سواء كان الأول عتقًا أو غيره . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد ، وإن كانت من أجناس ، وكانت المحاباة متقدمة قدمت ، وإن تأخرت سوي بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة ، فقدمت ، إذا تقدمت ، كقضاء الدَّيْن ، وإذا تساوى جنسها سوي بينها ؛ لأنها عطايا من جنس واحد ، تعتبر من الثلث ، فسوي بينها ، =

٣١٩٠ - وإن كان التصرف منجزًا وكان المتصرف مريضًا مرض الموت والتصرف إنشائي : كالهِبة والوقف والبيع والشراء وغيرها من المعاملات ؛ حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية .

٣١٩١ - وحينئذٍ ننظر إلى هذه التصرفات ، فتارة يكون التصرف الذي صدر منه تبرعًا محضًا كالهِبة والوقف ، وتارة يكون تصرف معاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأكثر منها .

فإن كان الأول ، بأن وهب لشخص شيئًا من أملاكه ؛ نظرنا إلى الواهب والموهوب له والشيء الموهوب ، كما نظرنا إلى الموصي و الموصى له والموصى به وعند ذلك لا يخلو الحال من التفصيل الآتي وهو : الواهب الذي هو مريض مرض الموت ، إما أن يكون غير مديون ، وإما أن يكون مديونًا ، فإن كان مديونًا ، فإما أن يكون دينه مستغرقًا لتركته ، وإما أن يكون غير مستغرق لها ، وعلى كل حال ، فإما أن يكون الموهوب له وارثًا للواهب ، أو أجنبيًا منه ، وإن كان أجنبيًا ، فإما أن يكون للواهب وارث أو لا ، وفي كل هذه الأحوال إما أن يكون الموهوب أقل من ثلث تركته ، أو مساويًا له أو أكثر

= كالوصية وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقدم العتق ، تقدم أو تأخر .
ولنا : أنهما عطيتان منجزتان ، فكانت أولاهما أولى ، كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة ، أو عتقًا عند صاحبيه ؛ ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي ، فإذا كانت خارجة من الثلث ، لزمت في حق الورثة ، فلو شاركتها الثانية ، لمنع ذلك لزومها في حق المعطي ؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى ، بخلاف الوصايا ؛ فإنها غير لازمة في حقه ، وإنما تلزم بالموت في حال واحدة ، فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما ، بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح ؛ فإنها بمنزلة الهِبة ، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الديْن لما كانت من الثلث . فأما إن وقعت دفعة واحدة ، كأن وكل جماعة في هذه التبرعات ، فأوقعوها دفعة واحدة ، فإن كانت كلها عتقًا أقرعنا بينهما ، فكملنا العتق كله في بعضهم ، وإن كانت كلها من غير العتق ؛ قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم ، لأنهم تساووا في الاستحقاق ، فقسم بينهم على قدر حقوقهم ، كغرماء المفلس وإنما خولف هذا الأصل في العتق ، لحديث عمران بن حصين ؛ ولأن القصد بالعتق يكمل الأحكام ، ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره ، ولأن في قسمة العتق عليهم إضرارًا بالورثة والميت والعبيد ، على ما يذكر في موضعه . وإن وقعت دفعة واحدة ، وفيها عتق وغيره ، ففيه روايتان ؛ إحداهما : يقدم العتق لتأكيده. والثانية : يسوى بين الكل ؛ لأنها حقوق تساوت في استحقاقها ، فتساوت في تنفيذها ، كما لو كانت من جنس واحد ، وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة . السادس : أن الواهب إذا مات قبل تقبيضه الهِبة المنجزة ، كانت الخيرة للورثة ، إن شاءوا قبضوا ، وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم » .

منه وكل له حكم يخصه .

وإليك البيان : فإن كان الواهب غير مدين أصلًا وكان الموهوب له أجنبيًا منه ولم يكن له وارث ؛ نفذت الهِبة كلها ، ولو كان الموهوب كل التركة ، فلا حق لأحد في المعارضة ولا بيت المال ، بل إذا لم تكن الهِبة بالكل ، فله الباقي ، وإن كانت بالكل فلا يستحق شيئًا ، والسبب في ذلك : أن الموهوب له في هذه الحالة يعتبر موصى له ، وهذا مقدم على بيت المال في الاستحقاق والمتأخر لاحق له في معارضة المتقدم .

٣١٩٢ - وإن كان الواهب مدينًا وكان دينه مستغرقًا لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلًا وتركته تقوم بهذا المبلغ ؛ فلا تنفذ الهِبة ، سواء كان الموهوب قليلًا أو كثيرًا ، وسواء كان الموهوب له أجنبيًا من الواهب أو وارثًا له ، إلا إذا أبرأه الدائنون ؛ فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال .

٣١٩٣ - ولا عبرة بإجازة الورثة في هذه الحالة ، لأن الحق ليس لهم ، إذ حقهم في الإرث مؤخر عن قضاء الديون ، فالإجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق ، فإن شاء ألغاها وإن شاء أمضاها .

٣١٩٤ - وإن كان الواهب مدينًا ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألفي جنيه وتركته تساوي أربعة آلاف جنيه ؛ نخرج من التركة أولًا مقدار الديون ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهِبة في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدَّيْن .

٣١٩٥ - وإن كان الواهب غير مدين وكانت الهِبة لوارث وكان للواهب ورثة غيره ، فلا تنفذ الهِبة إلا إذا أجازتها الورثة ، سواء كانت الهِبة بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه ؛ لأن فيه إيثار بعض الورثة على البعض الآخر ، فإذا لم نحفظ لهم الحق أدى ذلك إلى قطيعة الرحم وهي منهي عنها.

٣١٩٦ - **ويشترط في صحة الإجازة** : أن يكون المجيز من أهل التبرع ، فإجازة الصبي ، والمجنون ، والمعتوه ، والمحجور عليه لسفه غير معتد بها ؛ لأن كلا منهم ليس أهلًا له ، ويعتبر كون الموهوب له وارثًا أو غير وارث وقت موت الواهب لا وقت الهِبة ، كما حكمنا بهذا الحكم على الوصية .

٣١٩٧ - وإن كان الواهب غير مدين وكانت له ورثة وكان الموهوب له أجنبيًا منه بأن كان غير وارث له وقت موته ، فإن كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة ، نفذت

الهبة وإن لم تجزها الورثة .

فإن تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازة الورثة ، فإن ردوها بطلت فيه ، وإن أجازوها نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه ، فيزول المانع والأصل في هذا حديث سعد بن أبى وقاص رضى اللّه تعالى عنه المتقدم في شرح مادة (٥٣٥) .

٣١٩٨ - ومثل الهبة فيما ذكر الضمان وهو الكفالة التي هي : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالدَّيْن .

فإذا كان شخص مدينًا لآخر في خمسمائة جنيه مثلًا وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ ؛ كان هذا كفالة ؛ فإذا فرضنا أن الضامن كان مريضًا مرض الموت وكان كل من المضمون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبيًا منه ولم يكن له وارث نفذ الضمان ؛ فللدائن الحق في أخذ الدين المضمون به من تركته ، وليس لأحد حق في معارضته ولو استغرق هذا الدَّيْن كل التركة .

٣١٩٩ - وإن كان الضامن مديونًا ودينه مستغرق لتركته ؛ فلا ينفذ الضمان ولو قل الدين المضمون به ؛ إلا إذا أبرأه الدائنون الذين تعلق بأمواله قبل هذا الضمان ؛ لأن الحق لهم في هذه الحالة .

٣٢٠٠ - وإن كان الضامن مديونًا ولكن دينه غير مستغرق لتركته ؛ نخرج من التركة أولًا مقدار الديون الثابتة ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الدَّيْن بالحكم على الضمان في حالة خلو التركة عن الديون .

٣٢٠١ - وإن كان الضامن غير مديون أصلًا وكان المكفول له أو عنه وارثًا وكان للضامن ورثة غيره ؛ فلا ينفذ هذا الضمان إلا إذا أجازته الورثة وكانوا من أهل التبرع ، سواء كان الدَّيْن المضمون قليلًا أو كثيرًا . فإن أجازت الورثة ؛ ثبت للمضمون له أخذ الدَّيْن من التركة ، وإن لم يجيزوا فلا حق له في أخذ شيء منها ؛ بل يأخذ دينه من المدين الأصلي وهو المكفول عنه .

٣٢٠٢ - وإن كان الضامن غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له وعنه أجنبيًا منه . فإن كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال ؛ نفذ ، وإن لم تجزه الورثة ، فإن تجاوز الثلث ؛ توقف الزائد على إجازتهم .

فإن ردوه بطل ، وإن أجازوه نفذ ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع ، وقس باقي تصرفات المريض التي هي تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة والضمان .

٣٢٠٣ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة ؛ حكمنا على المبلغ المحابى به حُكْمَنا على الوصية ، فننظر إلى حال البائع والمشتري والقدر المحابى فيه وتجري الأحكام المتقدمة ؛ وذلك أن الشخص المريض مرض الموت إما أن يبيع لوارث أو لغير وارث ، وعلى كل ، فإما أن يكون مديونًا أو غير مديون ، وإن كان مديونًا ، فإما أن يكون الدين مستغرقًا لتركته أو غير مستغرق لها . **وإليك بيان الأحكام** :

٣٢٠٤ - فإن باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو بغبن يسير وكان المريض غير مديون كان هذا البيع موقوفًا على إجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل .

٣٢٠٥ - وإن باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبيًا منه وليس على المريض دَيْن ، أو كان عليه ولكنه غير مستغرق لتركته ، فإن كان البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير ، كان هذا البيع نافذًا لازمًا ، فليس لأحد من الورثة حق في الاعتراض على هذا العقد ، ومثل الورثة الدائنون إن كان الغبن لا يؤثر على حقوقهم .

٣٢٠٦ - وسبب هذا الحكم في هذه الحالة والتي قبلها أن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بالعين ؛ لأن الناس لهم أغراض في العين فلا يملك إيثار بعض الورثة بها .

٣٢٠٧ - وأما في حق غير الورثة فهو ممنوع من إبطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منها إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دَيْن ؛ لأن له أن يحابي غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به ، فبعد موت المريض تكون الغرماء أحق بمالية التركة والورثة أحق بالأعيان ؛ ولذا كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة من الدائنين حتى لو كانت التركة مستغرقة بالديْن ، فأراد الورثة استخلاصها ونقد المال يجبر رَب الديْن على القبول ، لأنهم عند استغراق التركة بالديْن وإن كان لا ملك لهم حق استخلاصها .

أما لو قالوا : نحن نؤدي الديْن . ولم يدفعوا فعلًا ؛ فيكون للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء ، بخلاف الأجنبي ؛ فإنه لو نقد الديْن لا يجبر صاحب الديْن على القبول ، لأن الأجنبي ليس له استخلاص التركة وهذا إذا كان الدَّيْن مساويًا لقيمة التركة . فلو كان زائدًا عنها ؛ فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الديْن لا بقدر التركة ؛ لأن الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح في استبقاء الأعيان ؛ إذ من الجائز أن يبيعوها بعد زمن بما يستوفون منه جميع ديونهم والحكم الثابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم .

فإذا سلم بعضهم في الأعيان للدائنين ولم يرد دفع قيمتها ؛ كان للبعض الآخر حق في الاستخلاص .

٣٢٠٨ - وما تقدم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الإمام الأعظم ووافقه الصاحبان في الحالة الثانية ، وهي : ما إذا كان البيع لغير وارث ، وخالفاه في الحالة الأولى ؛ وهي : ما إذا كان البيع لوارث فقالا : إن كان البيع بمثل القيمة فلا حق لباقي الورثة في الاعتراض على هذا البيع ، لانتفاء التهمة ، ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذي أخذه المورث عينًا أخرى مثل المبيعة .

٣٢٠٩ - أما لو كان الثمن انقص من القيمة ولو يسيرًا ؛ فيوقف على إجازتهم ، فإن لم يجيزوا تخير الوارث المشتري بين أمرين .

الأول : أن يبلغ المبيع تمام القيمة ، وحينئذٍ يسقط حقهم في الإعتراض .

الثاني : أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى التركة ويستلم الثمن الذي دفعه للمورث .

٣٢١٠ - وقد ظهر من هذا أن علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند الصاحبين هي وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ ؛ وإن لم تجزه الورثة وعند الإمام الأعظم هي إيثار بعض الورثة بالأعيان .

٣٢١١ - ويؤخذ حكم ما إذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئًا من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبين .

٣٢١٢ - وإن باع المريض لغير الوارث أيضًا وكان غير مديون ولكن البيع فيه غبن فاحش ، وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون النقص الذي حصل في الثمن أقل من ثلث ماله .

الثاني : أن يكون مساويًا له .

الثالث : أن يكون زائدًا على الثلث .

٣٢١٣ - **فإن كان الأول أو الثاني** : فهو محاباة جائزة من المريض للمشتري ، فليس للورثة حق في الإعتراض على المشتري ؛ لأن المريض له أن يتبرع في مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذًا ؛ وإن لم تجزه الورثة .

وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان النقص الذي حصل في الثمن زائدًا على الثلث خيرت الورثة بين أمرين :

الأول : إجازة الزائد على الثلث ، وحينئذٍ فلا يلزم المشتري بشيء ، لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه .

الثاني : أن لا يجيزوه ، وفي هذه الحالة يخير المشتري بين أمرين : **الأول** : أن يدفع للورثة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين . **الثاني** : أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ، وحينئذٍ يعطى المشتري ما دفعه من الثمن لما علم مرارًا أن المريض ليس له أن يعطى غير الوارث أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

فلو فرض أن شخصًا باع وهو مريض مرض الموت بيتًا إلى أجنبى منه بمائتي جنيه وكانت قيمة البيت تساوي خمسمائة جنيه ؛ فيكون قد حاباه بثلثمائة جنيه .

فإن كانت جميع أموال المريض تساوي ألف جنيه ؛ فليس للورثة حق في الاعتراض على هذا العقد ؛ لأن القدر المحابى به وهو الثلاثمائة أقل من ثلث أموال المريض .

ومثله ما إذا كانت جميع أمواله تساوي تسعمائة جنيه ؛ لأن القدر الذي حابى به المشتري مساو للثلث ؛ فينفذ وإن لم تجز الورثة .

ولو كانت جميع أموال المريض تساوي ستمائة جنيه فقط ؛ ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد ؛ لأنه في هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث ، إذ هو ثلثمائة ، وثلث أموال المريض مائتان فقط ، فيثبت لهم هذا الحق .

وحينئذٍ فإما أن يفسخ المشتري البيع ويسلم المبيع إلى الورثة ويستلم الثمن الذي دفعه ، وأما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما أربعمائة في هذا المثال ؛ وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية له وهذا أحسن له كما هو وظاهر .

٣٢١٤ - وإن كان المريض الذي باع شيئًا من أملاكه لأجنبى منه بغبن فاحش مديونًا ولكن دينه غير مستغرق لتركته ؛ فما علينا إلا أن نخرج مقدار الدّين من التركة ونحكم على المبلغ الباقي بعد إخراجه بالإحكام التي حكمنا بها في الأحوال التي يكون المريض فيها غير مديون أصلًا .

٣٢١٥ - وإن باع المريض لغير الوارث وكان عليه دَيْن مستغرق لتركته ، فإن لم يكن في البيع محاباة أصلًا بأن كان بمثل القيمة ؛ فلا حق للدائنين في الاعتراض ؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، فالمدين وإن كان قد أخرج شيئًا عن ملكه بهذا العقد ، إلا أنه أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي لقيمته .

أما لو كانت فيه محاباة ، سواء كانت قليلة أو كثيرة ؛ فلا ينفذ إلا بإجازة الدائنين ،

لأن الحق لهم لا للورثة في هذه الحالة ؛ إذ الإرث مؤخر عن قضاء الديون فإذا لم يجيزوا يخير المشتري بين أمرين :

الأول : فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن ، وحينئذٍ يضم المبيع إلى التركة وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين إن وفى بديونهم وإلا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه ولكن هذا إذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ما عليها من الديون .

فإن أرادوا ذلك أجيبوا إلى طلبهم ؛ لأن حق الدائنين متعلق بمالية التركة لا بأعيانها كما علم قريبًا .

الثاني : أن يبلغ المشتري المبيع تمام قيمته ، وفي هذه لا ينزع الدائنون المبيع من تحت يده ؛ إذ لا ضرر يلحقهم.

٣٢١٦ - وإنما لم ينظر للمحاباة في هذه الحالة ويقال فيها ما قيل فيما إذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحاباة التي تخرج من الثلث والتي تزيد عليه ؛ لأنه لو كان مديونًا لم يثبت له حق في المحاباة أصلًا ؛ إذ حق الدائنين مقدم على من سواهم ؛ لأن ما يأخذونه في مقابلة ما أعطوه بخلاف المتبرع له ، فإنه يأخذ المتبرع به بلا عوض .

ولكن محل تخيير المشتري بين الأمرين المتقدمين إذا كان كل منهما ممكنًا ، فإن تعذر أحدهما كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .

٣٢١٧ - ومثل البيع في كل الأحوال المتقدمة الشراء فإذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح ، أو من أجنبي وكان غير مديون أو مديونًا ، سواء كان دينه مستغرقًا لتركته أو غير مستغرق لها أتبعت الأحكام المتقدمة في البيع .

٣٢١٨ - لكن إن كان في العقد محاباة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع في صورة الشراء بخلاف البيع ، فإنها معتبرة بالزيادة في القيمة ؛ لأن المحاباة فيها لا تكون إلا بذلك .

٣٢١٩ - وأما محاباة المريض في الإجارة بأن آجر أرضًا له ثلاث سنين بألف جنيه وكانت قيمة أجرتها في هذه المدة ألفين ؛ فلا يظهر أن حكمها كحكم الوصية ؛ لأن الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت ؛ لأن الإجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفي حياته لا ملك لهم فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر ، ومثل الإجارة الاستئجار بأن استأجر شيئًا بأكثر من قيمته وكانت المحاباة كثيرة ، فتأمله .

ولا يمكننا الحكم على المرض بأنه مرض موت إلا إذا مات به الشخص ؛ لأنه يؤخذ

من الإضافة أنه هو المرض الذي يكون الموت في نهايته ؛ ولذا لو برئ منه المريض حكمنا على جميع تصرفاته بالأحكام التي نحكم بها على تصرفات الأصحاء .

٣٢٢٠ - وقد نصوا على أن جميع تصرفات المريض نافذة في حال حياته ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض ؛ لأنه من الجائز أن يبرأ هو منه وإن كان غيره يموت به ؛ لأن الآجال لا يعلمها إلا الله وكثيرًا ما تخلفت ظنون الحكماء ، قال تعالى : ﴿ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ (١) .

وينبني على ذلك : أنه لو أقر بشيء لغيره ولو كان المقر له وارثًا ؛ يؤمر في الحال بتسليمه له ؛ إذ يجوز برؤه من هذا المرض ، فيكون حكم تصرفه كحكم تصرفات الأصحاء ، ومثل الإقرار جميع تصرفاته من هِبة ، ووقف ، وبيع ، وشراء بمحاباة فما دام المريض حيًا لا يثبت لأحد حق في الاعتراض على هذا التصرف ، فإذا مات ؛ أجرينا على كل تصرف ما يناسبه من الأحكام المتقدمة .

(مادة ٥٦١)

هِبَةُ الْمُقْعَدِ وَالْمَفْلُوجِ وَالْمَسْلُولِ تَنفُذُ مِنْ كُلِّ مَالِهِ ، إِذَا تَطَاوَلَ مَا بِهِ سَنَةً وَلَمْ يُخْشَ مَوْتُهُ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ تَطُلْ مُدَّتُهُ ، وَخِيفَ مَوْتُهُ بِأَنْ كَانَ يَزْدَادُ مَا بِهِ يَوْمًا فَيَوْمًا ، يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ مِنَ الثُّلُثِ (٢) .

* * *

٣٢٢١ - وإن كان التصرف منجزًا والمتصرف مريض مرض الموت وكان التصرف إخباريًا وهو الإقرار ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

---

(١) لقمان : ٣٤ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٨/٤٨٧) : « (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إن تطاول ذلك ، ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والعرج ، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ، ومرض الموت لا يكون سببًا للموت غالبًا ، وإنما يكون سببًا للموت إذا كان بحيث يزداد حالًا فحالًا إلى أن يكون آخره الموت ، وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت ، لا يكون سببًا آخره الموت كالعمى ونحوه ، ولهذا لا يستقل بالتداوي ، قال ﷺ : (وإلا فمن الثلث) أي : إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه ؛ لأنه من ابتدائه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون من مرض الموت ، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث ، كذا ذكر الشارح » .

الأول : أن يكون الإقرار لغير وارث .

الثاني : أن يكون لوارث .

فإن كان الأول : صح الإقرار ونفذ بلا توقف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله. فإذا قال المريض : إن لفلان في ذمتي ألف جنيه مثلًا وكان المقر له أجنبيًا منه ؛ صح هذا الإقرار ، ولا حق لأحد في معارضته ، بل له أن يستوفي كل هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان الإقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقر به ؛ فإن شاءوا أنفذوه وإن أرادوا إلغاءه أبطلوه .

ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان المقر به عينًا أو دينًا ، سواء أقر بأن في ذمته لوارثه مائة جنيه مثلًا ، أو كان وارثه مدينًا له فأقر بأنه قبض منه هذا الديْن أو من ضامن الوارث في الديْن الذي عنده ، فإن هذا كله يتوقف على تصديق الورثة إلا في ثلاث مسائل وسنذكرها قريبًا .

والسبب في ذلك : أن في هذا الإقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب إعطائه شيئًا من المال بعد ما تعلق حق جميعهم به .

وهذا لا ينفذ كالوصية له ؛ لما فيه من إبطال حق الباقين ؛ وإنما تعلق حقهم بماله لاستغنائه عنه بعد الموت الذي وجد سببه هو المرض ؛ فلا يمكن من إبطال حق بعضهم بجعل شيء من ماله للبعض الآخر.

ومقتضى هذا السبب : أن لا ينفذ الإقرار للأجنبي أيضًا إلا في الثلث كما في الوصية له ، فإن زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد إلا بتصديق الورثة ؛ لأن فيه إبطال حقهم بعدما تعلق بماله فلا يمكن منه وهو القياس .

ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهريًا لما ورد عن ابن عمر رضى اللّٰه تعالى عنهما : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ؛ فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله وأن أقر لوارث فغير جائز ، إلا أن يصدقه الورثة .

فأخذ علماؤنا بهذا ؛ لأن قول الواحد فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس .

٣٢٢٢ - **ووجه هذا الاستحسان** : أننا لو لم نقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته في الصحة حذرًا من ضياع أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيلحقه الضرر ، فلا يحجر عليه بالنسبة لهذا الإقرار لاحتياجه إلى المعاملة كما لا يحجر عليه في حق

الأجنبي بالنسبة للتبرع له إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه .

ولكن يقال : إن الحاجة موجودة بالنسبة للوارث أيضًا ؛ لأن الناس كما يعاملون الأجنبي يعاملون الوارث .

وأجابوا عن ذلك : بأنه قلما تقع المعاملة معه ، لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث ، لأنه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل .

(مادة ٥٦٢)

إِقْرَارُ الْمَرِيضِ بِدَيْنٍ لِغَيْرِ وَارِثِهِ صَحِيحٌ ، وَيَنْفُذُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِنِ اسْتَغْرَقَهُ . وَكَذَا إِقْرَارُهُ بِعَيْنٍ ، إِلَّا إِذَا علِمَ بِتَمَلُّكِهِ لَهَا فِي مَرَضِهِ [١] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٣٦٧) : « (وجاز) أي : إقرار المريض (لغيره) أي : لغير الوارث لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، أما الأول : فلأنه تصرف في خالص ماله وهو يقتضي الجواز ، وأما الثاني : فلأن المانع من الجواز كان الإرث وقد انتفى (ولو) وصلية كان إقراره (بكل ماله) لما روي عن ابن عمر ﷺ أنه قال : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ؛ فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله . والقياس : أن لا يصح إقراره إلا في الثلث ؛ لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث ، فكذا إقراره وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث ، ولكن ترك القياس لما روي عن ابن عمر ﷺ » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع (٣/٧٦ ، ٧٧) : « (و) قبل (إقرار مريض ولو لوارث) بدين وعين ؛ لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها العاصي ؛ فالظاهر أنه لا يقر إلا بتحقيق (ولا يقدم) فيما لو أقر في صحته بدين وفي مرضه لآخر بآخر ، أو أقر في أحدهما بدين ، وأقر وارثه بآخر (إقرار صحة) على إقرار مرض (ولا) إقرار (مورث) على إقرار وارث بل يتساويان كما لو أقر بهما في الصحة أو في المرض وإقرار وارثه كإقراره ؛ فكأنه أقر بالدينين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/١٢٣ ، ١٢٤) : « (والإقرار بدين في مرض موته ، كالإقرار في الصحة ، إذا كان لغير وارث) هذا ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز . وحكى أصحابنا رواية أخرى ؛ أنه لا يقبل ؛ لأنه إقرار في مرض الموت ، أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث ؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دون .

ولنا ، أنه إقرار غير متهم فيه ، فقبل : كالإقرار في الصحة ، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ، وإبراء ذمته ، وتحري الصدق ، فكان أولى بالقبول . وفارق الإقرار للوارث ؛ لأنه متهم فيه ، على ما سنذكره » .

٣٢٢٣ - ومثل الإقرار بالدين الإقرار بالعين ، فإذا أقر المريض لوارثه بأن البيت الفلانى مملوك له فلا ينفذها الإقرار إلا بتصديق بقية الورثة ، إما إذا كان الإقرار لأجنبى ؛ فإنه ينفذ وإن لم يكن له مال غيره بدون احتياج إلى تصديق الورثة.

٣٢٢٤ - وقيد بعضهم نفاذ إقرار المريض بالأعيان للأجنبي من جميع ماله بما إذا كان الإقرار حكاية عن شيء ثابت في الماضي .

أما إذا كان الغرض منه ابتداء التمليك ، توقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة ، ومعنى ابتداء التمليك في الإقرار أن يكون إقرارا في الصورة وهو الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن الشيء الذي أقر به ملك له ؛ وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار لأجل أن لا يكون فيه منع ظاهر على المقر مريدًا بذلك الإضرار بالورثة كما يحصل كثيرًا في زماننا .

ولا فرق في ذلك بين ما إذا ملك الشيء المقر به وهو مريض ، أو ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض .

وهذا القيد حسن ؛ لأن هذا ليس إقرار في الحقيقة ؛ إذ حقيقة الإقرار هي الحكاية عن ثابت قبله ولهذا كان الإقرار مظهر الملك المقر له لا سببًا للملك كما هو رأى الكثيرين .

٣٢٢٥ - ومما يشهد لهذا التقييد : ما ذكره في القنية وهو بالمعنى إذا أقر شخص وهو صحيح بأن البيت الفلانى الذي تحت يد أبيه مملوك لفلان ، ثم مات الأب والابن مريض فلا يستحق المقر له البيت إلا إذا كان يخرج من ثلث المال ؛ لأن إقرار الابن متردد بين أن يموت الابن أولًا فيبطل أو الأب أوّلًا فيصح فصار كالإقرار المبتدأ في المرض .

(مادة ٥٦٣)

إِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِوَارِثِهِ بَاطِلٌ ، إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ ، سَوَاءٌ كَانَ إِقْرَارًا بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ عَلَيْهِ لِلْوَارِثِ أَوْ بِقَبْضِ دَيْنٍ لَهُ مِنَ الْوَارِثِ أَوْ مِنْ كَفِيلِهِ ، إِلَّا فِي صُورَةِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِاسْتِهْلَاكِ وَدِيعَتِهِ الْمَعْرُوفَةِ الَّتِي كَانَتْ مُودَعَةً عِنْدَهُ ، أَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ مَا كَانَ وَدِيعَةً عِنْدَ وَارِثِهِ ، أَوْ بِقَبْضِ مَا قَبَضَهُ الْوَارِثُ بِالْوِكَالَةِ مِنْ مَدْيُونِهِ [1] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢٥/٥) : « (وإن أقر المريض لوارثه بطل ، إلا أن يصدقه بقية الورثة) وقال الشافعي رحمه الله يجوز إقراره له بناء على أصله أنه لا يحجر عليه فيما فيه فكاك رقبته لما فيه من =

....

= إظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كإقراره لأجنبي وبوارث آخر ، وبوديعة مستهلكة للوارث ، وهي معروفة بأن أودعها على رءوس الأشهاد .
ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » وقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إذا أقر الرجل في مرضه بدين غير وارث فإنه جائز ، وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فغير جائز إلا أن يصدقه الورثة ؛ ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعدما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية له ؛ وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم ، وهو القياس في الإقرار للأجنبي ، إلا أنا تركناه ؛ لأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرًا من إتواء أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة ، فيحرج حرجًا عظيمًا فلا يحَجْر عليه في حقه لحاجته إلى المعاملة ، كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه بخلاف الوارث ؛ لأن المعاملة معه نادرة ؛ إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي إلى سد بابها ، والإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية ؛ لأنه يحتاج إلى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ؛ ولأن الإقرار بالنسب ليس فيه إبطال حقهم قصدًا ، وإنما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتحد دينهما وفي الإقرار يبطل في الحال بإقراره قصدًا فافترقا ولا تهمة في الإقرار الوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرها فيقبل إقراره ؛ لأن رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها ، ألا ترى أنا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله ؛ لأنه مات مجهلًا ، وعليه بينة ، فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدقه بقية الورثة ؛ لأن الحَجْر كان لحقهم ، فإذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم ، وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدقه البقية » .
قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٢٤٦ ، ٢٤٧) : « (ولا يجوز) أي : ولا يصح (إقرار المريض) مرضًا مخوفًا (لوارثه بدين) في ذمته حيث كان يتهم على الإقرار له ، كما لو أقر لشخص من الورثة مع وجود مساويه وأولى لأقرب منه (أو) أي : ولا يجوز إقرار المريض (بقبضه) أي : بقبض الديْن الذي على وارثه المتهم على الإقرار له كما لو قال : الدين الذي كان على ابني البار أو الصغير مع وجود العاق أو الكبير قد أداه إلي ، والحال أنه لا بينة له فلا يقبل منه ذلك .
قال خليل : يؤاخذ المكلف بلا حَجْر بإقراره لأهل لم يكذبه ولا يتهم كالعبد في غير المال بل بما يوجب على نفسه عقوبة فإنه يصح ، وأخرس ومريض إن ورثه ولد لأبعد ، أو لملاطفته ؛ فإنه يصح لعدم الاتهام ، واعلم أن قيد الاتهام إنما يعتبر في إقرار المريض وفي إقرار الصحيح المحجور عليه كمن أحاط الدين بماله ، ولا يعتبر في إقرار الصحيح غير المحجور عليه ؛ ولذا قالوا بصحة إقرار الزوج لزوجته ولو علم ميله لها ، وإنما فصلوا في إقراره في حال مرضه فقالوا : إن علم ميله لها لا يصح ، وإن علم بغضه لما صح ، وإن جهل حاله معها صح إن ورثه ابن ولو صغيرًا ، وكذا لو ورثه بنون حيث لم تنفرد بولادة الصغير ، فلا يصح لاتهامه ، والمرض الخفيف بمنزلة عدمه ، ولما قدم أن إقرار المريض لمن يتهم عليه غير صحيح وكان إيصاؤه بالحج عنه ربما يتوهم منعه » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/١٢٤) : « (وإن أقر لوارث ، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة) وبهذا قال شريح ، وأبو هاشم ، وابن أذينة ، والنخعي ، ويحيى الأنصاري ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وروي ذلك عن =

٣٢٢٦ - فهذا كالتنصيص على أن المريض إذا أقر بعين في يده للأجنبي إنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه في حال مرضه معلومًا حتى يمكن جعل إقراره إظهارًا لحق المقر له لا تمليكًا ، أما إذا علم تمليكه في حال مرضه فإقراره لا ينفذ إلا من ثلث المال .

وقال في الفصول العمادية : إقرار المريض للأجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدم من التقييد .

٣٢٢٧ - وقد جاء في مادة (١٦٠١) من المجلة : والإقرار لأجنبي صحيح من جميع المال في مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصحة ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هِبة أو إرث أو شراء من مدة قريبة .

٣٢٢٨ - وأما إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر ، وكان قريب عهد في تمليكه ؛ فيكون من الثلث ، سواء حمل على الوصية إن كان في مذاكرة الوصية ، وإلا فعلى الهِبة إذا كان معلومًا ذلك عند كثيرٍ من الناس ، فهذا صريح في أن الإقرار لا ينفذ من جميع المال إلا إذا كان المقر له مالكًا للشيء المقر به والإقرار أظهر ذلك .

أما إذا كان الغرض منه ابتداء تمليك في الحال فلا ينفذ إلا من الثلث ؛ وإنما أكثرنا في هذه المسألة من المنقول ؛ لأن بعضهم ينكر هذا التقييد ولا يفرق بين حقيقة الإقرار ومجازه مع أنه في غاية الحسن ولم يحمل المطلق على المقيد فيزول ما عندهم من الإشكال .

٣٢٢٩ - إذا تقرر هذا فينبغي أنه متى حصل نزاع في إقرار ورفعت المسألة إلى القاضي ، بحثها ، مدقق فينظر إلى الأغراض لا إلى الألفاظ حتى يصل إلى الحقيقة فيحكم بما تقتضيه .

= القاسم ، وسالم ، وقال عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، وأبو ثور : يقبل ؛ لأن من صح الإقرار له في الصحة ، صح في المرض ، كالأجنبي ، وللشافعي قولان كالمذهبين .

وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويبطل إن اتهم ، كمن له بنت وابن عم ، فأقر لابنته ، لم يقبل ، وإن أقر لابن عمه ، قبل ؛ لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه ، وعلة منع الإقرار التهمة ، فاختص المنع بموضعها .

ولنا : أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته ، فلم يصح بغير رضى بقية ورثته ، كهبته ؛ ولأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصح إقراره له ، كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الأُجنبي ؛ فإن هبته له تصح ، وما ذكره مالك لا يصح ؛ فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها ، فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث ، وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما » .

٣٢٣٠ – ويستثنى من عدم نفاذ إقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل ؛ فالإقرار فيها نافذ وإن لم يصدقه الورثة :

الأولى : إذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده ألف جنيه مثلًا يد شهود ، سواء كان ذلك في صحته أو في حال مرضه فأقر المريض بأنه استهلكها ، نفذ .

وإن عارضت الورثة فيه ، وحينئذٍ يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم ؛ لأن قضاء الديون مقدم على الإرث .

٣٢٣١ – وسبب استثناء هذه المسألة : أن الضمان واجب في تركته وإن لم يقر ؛ لأن الوديعة متى كانت معروفة ومات المودع مُجهلا لها ولم توجد في تركته ثبت للمودع أخذ بدلها ، لأن الأمانات تضمن بموت الأمين غير مبين لها فالإقرار وعدمه في الحقيقة ، سواء بالنسبة للضمان.

الثانية : إذا كان للمورث وديعة عند الوارث فأقر وهو مريض بأنه قبضها منه ، صح هذا وإن لم تصدقه الورثة فلا حق لهم في مطالبته بها .

والسبب في ذلك : أنه إذا مات ولم يقر بالقبض فادعى الوارث أنه سلمها له في حياته صدق في دعواه من غير إقامة بينة ، لأنه أمين وحكمه ما ذكر ؛ ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة ، بل هو شامل لجميع الأمانات كالعارية ، ومال الشركة ، والمضاربة فمتى أقر بقبضها من وارثه نفذ وإن لم تصدقه الورثة للسبب المتقدم .

الثالثة : إذا أقر بقبض ما قبضه الوارث من مديونه بطريق الوكالة فإذا فرضنا أن المورث كان دائنًا لشخص ووكل وارثه في قبض الدين منه ، ثم أقر وهو مريض بأنه استلم الذي قبضه وارثه من مديونه بطريق التوكيل نفذ هذا الإقرار وإن لم تصدقه الورثة ؛ لأن الوكيل أمين في مال الموكل فيكون السبب ما ذكر في سابقتها .

وقال الإمام الشافعي رضى اللّٰه تعالى عنه في أحد قوليه: إن إقرار المريض لوارثه نافذ وإن لم تصدقه الورثة .

ووجه هذا القول : أن الإقرار مظهر حقًّا ثابتًا وقد ترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال ، فإن حال المرض أدل على الصدق ؛ لأنه حال تدارك الحقوق ، فلا يجوز أن يثبت الحَجْر عن الإقرار به ، فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وهذا جائز بالاتفاق ؛ فليكن هذا مثله .

٣٢٣٢ – وفصل الإمام مالك في ذلك فقال : بالنفاذ وإن لم يصدقه باقي الورثة إن لم يكن مُتَّهمًا فيه وبعدم النفاذ إلا بتصديق الورثة إذا كان متهمًا .

٣٢٣٣ - فإذا فرض أن شخصًا مريضًا مرض الموت ليس ورثة إلا بنتًا وابن عم شقيق أو لأب فأقر لابنته بشيء من أمواله ، توقف النفاذ على تصديق ابن العم ؛ لأنه متهم فيه ؛ إذ الظاهر أنه يريد تفضيل بنته على أبن عمه ولو كان الإقرار لابن العم نفذ ؛ وإن لم تصدقه البنت ؛ لأنه لا يتهم في أنه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر أنه صادق في هذا الإقرار فينفذ لعدم التهمة وهو تفصيل يهم المتتبعين للحقائق .

٣٢٣٤ - وأما الإمام أحمد فهو موافق للإمام الأعظم أبي حنيفة .

(مادة ٥٦٤)

الْعِبْرَةُ بِكَوْنِ الْمُقَرِّ لَهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ عِنْدَ الإِقْرَارِ .

وَمَعْنَى كَوْنِهِ وَارِثًا عِنْدَ الإِقْرَارِ : أَنَّهُ قَامَ بِهِ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ مِيرَاثِهِ مَانِعٌ عِنْدَ الْمَوْتِ .

فَلَوْ أَقَرَّ لِغَيْرِ وَارِثٍ بِهَذَا الْمَعْنَى ؛ جَازَ وَإِنْ صَارَ وَارِثًا بَعْدَ ذَلِكَ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ إِرْثُهُ بِسَبَبٍ حَادِثٍ بَعْدَ الإِقْرَارِ ؛ كَمَا لَوْ أَقَرَّ لأَجْنَبِيَّةٍ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ السَّبَبُ قَائِمًا ، لَكِنْ مَنَعَ مَانِعٌ ثُمَّ زَالَ بَعْدَهُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لابْنِهِ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الإِقْرَارُ ، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ لأَخِيهِ الْمَحْجُوبِ بِاخْتِلَافِ دِينٍ أَوْ وُجُودِ ابْنٍ إِذَا زَالَ حَجْبُهُ بِإِسْلَامِهِ أَوْ مَوْتِ الابْنِ ؛ لَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ عِنْدَ الإِقْرَارِ وَزَوَالِ الْمَانِعِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَلَوْ أَقَرَّ لأَخِيهِ مَثَلًا ثُمَّ وُلِدَ لَهُ ابْنٌ وَاسْتَمَرَّ حَيًّا إِلَى الْمَوْتِ ، يَصِحُّ الإِقْرَارُ لِوُجُودِ الْمَانِعِ عِنْدَ الْمَوْتِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (٤/١٤٤ ، ١٤٥) : « (المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثًا للمريض في وقت وفاته ، أما الوراثة الحادثة بسبب حاصل في وقت وفاة المقر ، ولم تكن قبلًا ؛ فلا تكون مانعة لصحة الإقرار ، فعليه إذا أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها ومات يكون إقراره نافذًا ، وأما الإقرار لمن كانت وراثته قديمة ، ولم تكن حاصلة بسبب حادث كهذا ؛ فلا يكون إقراره نافذًا ، مثلًا لو أقر من له ابن لأحد إخوته من أبوين بمال ثم مات بعد موت ابنه لا يكون إقراره نافذًا ؛ لما أن أخاه يرثه من حيث كونه أخًا له) . المراد من الوارث في هذا المبحث أي : في مبحث الإقرار للوارث ؛ هو الذي كان وارثًا للمريض وقت وفاته ، وليس الوارث للمريض ، وقت إقراره ، وللورثة أربع صور ، **الصورة الأولى** : أن يكون المقر له وارثًا وقت الإقرار ، وغير وارث وقت الموت فهذا الإقرار جائز مثلًا لو أقر من لا ولد له في مرض موته لأخيه بمال ثم ولد له ولد بعد الإقرار كان إقراره صحيحًا حيث إنه حين وفاة المقر كان ولده مولودًا فأصبح أخوه غير وارث ، فلذلك لو أقر أحد في مرض موته ؛ بأنه استوفى =

....

=من بنته المتوفية مطلوبه (المائة درهم) ، وأنكر ابنه الاستيفاء فإقراره صحيح ؛ لأن البنت المتوفية ليست بوارثة .
كذلك لو أقر أحد في مرض موته لزوجته بدين كذا دراهم وتوفت الزوجة ثم توفي المقر بعد ذلك كان إقراره صحيحًا ؛ لأن الزوجة المتوفية ليست بوارثة .
وقد جاء في الدر المختار : أن الميت ليس بوارث كما لو أقر لامرأة في مرض موته بديْن ثم ماتت قبله وترك وارثًا منكرًا لما أقر به صح إقراره .
الصورة الثانية : أن يكون المقر وارثًا وقت الإقرار ووقت الموت معًا ، **وفي ذلك احتمالان** : **الاحتمال الأول** : أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثًا ، ولا يخرج من الوارثة أثناء ذلك ، وحكم ذلك قد مر في المادة (١٥٩٨) . **الاحتمال الثاني** : أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثًا ، إلا أنه قد خرج من الوراثة أثناء ذلك ، وهذا الإقرار عند الإمام أبي يوسف غير صحيح .
مثلًا : لو أقر المريض الذي لا ولد له ؛ لأحد إخوانه لأبويه بمال ثم ولد له ولد وتوفي بعد ذلك الولد ثم توفي المريض ؛ فإقراره لأخيه غير صحيح ، كذلك لو أقر المريض في مرض موته لزوجته بمال ، وأبانها بعد الإقرار ثم تزوجها بعد انقضاء عدتها ثم توفي المريض في ذلك المرض ؛ فلا يصح إقراره ؛ لأن المقر متهم في إقراره للتطليق ، والزواج والإقرار المذكور صحيح عند الإمام محمد ؛ لأن عدم جواز الإقرار هو السبب الموجود وقت الإقرار ، وبقاء الوراثة فإذا لم يبق السبب فالإقرار يكون صحيحًا .
الصورة الثالثة : أن يكون المقر له غير وارث في وقت الإقرار ، وفي وقت الموت معًا ، وحكم ذلك قد ذكر في المادة (١٥٩٦) .
الصورة الرابعة : أن يكون المقر له غير وارث وقت الإقرار ووارثا وقت الموت ويوضح حكمه على الوجه الآتي ، وهو : إذا كانت وراثة المقر له وقت الموت لسبب كان موجودًا وقت الإقرار فالإقرار غير صحيح ، وإذا كان لسبب جديد ، فالإقرار صحيح ، وهذه الصورة توضح في الفقرات الآتية : أما إذا كان المقر له وقت الإقرار غير وارث للمقر ثم أصبح وارثًا له وقت الوفاة بسبب حادث بعد الإقرار ، فلا تمنع الوراثة الحاصلة على هذا الوجه صحة الإقرار ؛ فلذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها وتوفي المقر بعد ذلك ؛ فيكون إقراره نافذًا ؛ لأنه حين وقوع الإقرار كان الإقرار لأجنبي وليس لوارث فلذلك يكون نافذًا ولازمًا ، ولا يبطل بعد ذلك ، والحكم في الهِبة والوصية ليس على هذا الوجه .
مثلًا لو وهب ، أو أوصى أحد بمال لامرأة أجنبية في مرض موته ثم تزوجها وتوفي بعد ذلك فلا تصح الهِبة ، والوصية ؛ لأن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والهِبة في مرض الموت وصية أيضًا ، والحال أن تلك المرأة تكون وارثة بعد الموت ، أما إذا كان المقر غير وارث وقت الإقرار ، وكانت وراثته الحاصلة بعد ذلك ليست حاصلة بسبب حادث بل كانت بسبب قديم ؛ فلا ينفذ إقراره أيضًا ، مثلًا لو أقر من له ولد في مرض موته بمال لأحد إخوانه لأبوين وبعد وفاة ولده توفي المقر بذلك المرض ، فحيث إن المقر له كان أخاه ، وأصبح وارثًا له وبما أن الأخوة سبب قديم فلا ينفذ ذلك الإقرار ؛ لأن المريض محجور من الإقرار للوارث ، والأخ وارث إلا أنه محجوب بالابن وبزوال الحاجب قبل الموت ؛ فالأخ قد ورث بالسبب الموجود وقت الإقرار ، والحَجْر مستند إلى وقت الإقرار ، وأما في الأجنبية : فسبب الإرث يثبت بعد الإقرار فلا يمكن استناد الحَجْر=

٣٢٣٥ - فالذي علم هذا أن الإقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فإذن لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذي يناسبه فاصغ للتفصيل الذي ينتفي عليك حتى يتميزا عن بعضهما ، وهو أن الشخص المريض إذا أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور أربعة :

الأول : أن يكون وارثًا للمقر وقت الإقرار ، وليس وارثًا له وقت الموت .

الثاني : أن يكون وارثًا وقتهما ؛ وليس وارثًا فيما بينهما .

الثالث : أن يكون غير وارث وقت الإقرار ؛ ولكنه صار وارثًا وقت الموت .

الرابع : أن يكون غير وارث وقتهما .

٣٢٣٦ - **فإن كان الأول** : نفذ الإقرار وإن لم تصدقه الورثة .

وينبني على ذلك : أنه كان للمريض أخوة وليس له ابن فاقر لأحد أخوته بشيء ثم ولد ابن واستمر حيًا ، مات أبوه اعتبر الأخ أجنبيًا منه ، فيستحق الشيء المقر به اتفاقًا ؛ لأنه غير وارث وقت موت المقر ؛ إذ الابن يحجب جميع الأخوة من الميراث .

٣٢٣٧ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان وارثًا وقتهما ولم يكن وارثًا فيما بينهما ، ففيه خلاف . فأبو يوسف يعتبره وارثًا فيقول : لا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة. ومحمد يعتبره أجنبيًا فيقول : ينفذ وإن لم يصدقوه .

ويتفرع على هذا : أنه إذا أقر الزوج لزوجته وهو مريض ثم أبانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيًا ومات وهي زوجته ، فلا يكون الإقرار نافذًا إلا بتصديق الورثة عند أبي يوسف ؛ ويكون نافذًا وإن لم يصدقوه عند محمد .

ووجه أبو يوسف كلامه ، بأن العبرة بحالة الإقرار وحالة الموت ؛ لأن حالة الإقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم ، فلا يعتبر ما بينهما ؛ إذ لا تعلق للحكم به خصوصًا وأن المقر متهم في الطلاق .

ومحمد يقول : إن المقر له لما صار أجنبيًا ؛ نفذ الإقرار كما لو أنشأه في هذا الوقت ،

= إلى ما قبل العلة ، كذلك لو أقر الأخ المسلم لأخيه النصراني فأسلم المقر له قبل وفاة المقر ثم توفي المقر فلا يصح إقراره حيث قد أصبح أخوه وارثًا له ؛ لأن الأخوة التي هي سبب الإرث كانت قائمة وقت الإقرار . كذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لأجنبي مجهول النسب ثم ادعى بأن ذلك الأجنبي ولده ، وكان المقر له أهلًا للتصديق وصدق ذلك الإقرار بالنسب فيثبت نسبه ، ويبطل الإقرار لوجود الوراثة وقت الموت ، أما إذا كذب الأجنبي كونه ولدًا للميت ، أو كان نسبه معروفًا فيكون الإقرار صحيحًا لعدم ثبوت النسب .

ألا ترى أنه لو لم يتزوجها ثانيًا كان نافذا فلا يؤثر العقد بعد ذلك ؟!

وبعضهم قال : إن أبا يوسف رجع عن قوله ووافق محمدًا .

٣٢٣٨ - **وإن كان الثالث** : وهو ما إذا كان غير وارث وقت الإقرار ثم صار وارثًا وقت الموت ؛ ففيه تفصيل ؛ لأن استحقاقه للإرث إما أن يكون بسبب موجود وقت الإقرار ، وأما أن يكون بسبب حادث بعده ، **فإن كان الأول** : اعتبر وارثًا بالاتفاق ، فلا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة ، **وإن كان الثاني** : اعتبر أجنبيًا اتفاقًا ، فينفذ وإن لم يصدقوه . **على الأول** : أنه إذا أقر شخص وهو مريض مرض الموت لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت أبيه ومات الأب بعد ذلك ، فلا يستحق الأخ الشيء المقر به إلا إذا صدقه الورثة ؛ لأن السبب الذي استحق به الإرث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجودًا وقت الإقرار ؛ ولكنه كان غير وارث وقته لوجود الحاجب له وهو الابن ، ومثل هذا ما إذا أقر الشخص لأخيه المخالف له في دينه ثم أسلم قبل وفاته ؛ لأن سبب الإرث وهو القرابة كان موجودًا وقت الإقرار وإن كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين.

ويتفرع على الثاني : أن المريض إذا أقر لامرأة أجنبية منه ثم تزوجها ومات وهي على ذمته ؛ استحقت جميع المقر به ، وإن عارضت الورثة ؛ لأن السبب الذي ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجودًا وقت الإقرار .

٣٢٣٩ - **وإن كان الرابع** : وهو ما إذا كان غير وارث وقتهما بأن أقر لشخص غير قائم به سبب من أسباب الميراث ومات وهو كذلك ، ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له أجنبيًا فيستحق جميع المقر به وإن لم تصدقه الورثة .

فإذا أقر لامرأة أجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات وهي خارجة عن ذمته ، أو لم يتزوجها ؛ استحقت جميع المقر به ولو عارضت الورثة .

ومتى عرفت هذه الأحوال يمكنك أن تخرج أى مثال يرد عليك تابعًا للحالة التي هو منها ، ولا يخفى عليك بعد معرفة ما ذكر أن الوارث هنا يخالف الوارث بالنسبة للوصية ؛ إذ المعتبر فيه بالنسبة لها أن يكون وارثًا وقت موت الموصى بقطع النظر عن وقت الوصية .

(مادة ٥٦٥)

إِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ طَلَّقَهَا بَائِنًا بِطَلَبِهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ؛ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنَ الإِرْثِ وَمِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْوَصِيَّةِ إِنْ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا .

وَإِنْ طَلَّقَهَا بِلَا طَلَبِهَا ، فَلَهَا الْمِيرَاثُ بَالِغًا مَا بَلَغَ إِنْ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا (١) .

* * *

٣٢٤٠ – ومن التصرفات التي اتهموا فيها المريض ونظروا فيها لحق الورثة إقراره أو وصيته لمن أبانها ، وإذا طلق الرجل زوجته طلاقًا بائنًا وهو مريض مرض الموت وأقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ثم مات من مرضه هذا ؛ قالوا : إن هذا الطلاق إما أن يكون بطلبها ، وإما أن يكون بغيره ، **فإن كان الأول** : ومات قبل انقضاء عدتها واستحقت أقل الشيئين وهما : مقدار ما ترثه منه والدين المقر به لها ، أو المبلغ الموصي لها به والسبب في ذلك : تهمة المواضعة بين الزوجين ؛ إذ يجوز أن الزوج يريد أن يعطي لزوجته أكثر مما تستحقه في الميراث لو مات وهي على ذمته ، فيتفقان على طلبها الطلاق لينفتح لهما باب الإقرار ، أو الوصية ، فيرد عليهما هذا القصد السيئ نظرًا لحقوق الورثة ، ولا تهمة في أقلهما ؛ فيثبت ويعطى لها بحكم الإقرار لا بحكم الإرث ؛ ولذا لا تصير شريكة في أعيان التركة .

فإن مات بعد انقضاء عدتها استحقت كل المقر به أو الموصى به ؛ لأنها والحالة هذه تكون أجنبية منه ؛ إذ الإرث لا يتأتى بعد انقضاء العدة.

٣٢٤١ – **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان الطلاق بغير طلبها ، فلها الميراث بالغًا قدره ما بلغ إن مات في عدتها ؛ لأنه والحالة هذه يكون هاربًا من إرثها ، فيرد عليه قصده السيىء فترثه ، فإن استمر حيًا حتى انقضت عدتها ومات ، استحقت الوصية أو المقر به ؛ إذ لا إرث بعد انقضاء العدة ، وقد تقدم ذلك مستوفى في طلاق المريض .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق ٢٦/٥، ٢٧ : « (ولو أقر لمن طلقها ثلاثًا فيه) أي : في المرض (فلها الأقل من الإرث والدين) هذا إذا طلقها بسؤالها ، وإن طلقها بلا سؤالها ، فلها الميراث بالغًا ما بلغ ، ولا يصح الإقرار لها ؛ لأنها وارثة ؛ إذ هو فار ، وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما إذا طلقها بسؤالها ، فإنها لا ترث لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين فيه ؛ لأن الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الإقرار لها فتعطى أقلهما ردًا لقصدهما ، وعلى هذا إذا أوصى لها تعطى الأقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا ، وقد ذكرنا المسألة بشعبها في الطلاق » .

(مادة ٥٦٦)

إِبْرَاءُ الْمَرِيضِ مَدْيُونَهُ وَهُوَ مَدْيُونٌ بِمُسْتَغْرِقٍ غَيْرُ جَائِزٍ ، إِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ أَجْنَبِيًّا مِنْهُ .

وَإِبْرَاؤُهُ مَدْيُونَهُ الْوَارِثَ لَهُ غَيْرُ جَائِزٍ مُطْلَقًا ، سَوَاءٌ كَانَ الْمَرِيضُ مَدْيُونًا أَمْ لَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الدَّيْنُ ثَابِتًا لَهُ عَلَيْهِ أَصَالَةً أَوْ كَفَالَةً (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٥٤ ، ٥٥) : « مريضة مرض الموت أبرأت فيه زوجها من دين لها بذمته ومن مؤخر صداقها المعلوم لها عليه وماتت من مرضها المذكور عنه وعن ابن وبنت من غيره لم يجيزوا الإبراء المذكور ، فهل يكون الإبراء غير جائز ؟

(الجواب) : نعم ، قال في التنوير : إبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز أي : لا يجوز إن كان أجنبيًّا ، وإن كان وارثًا فلا يجوز مطلقًا سواء كان المريض مديونًا أو لا للتهمة . ا هـ .

مريض أبرأ وارثه من دين له عليه أصلًا أو كفالة بطل ، وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره ، وجاز إبراؤه الأجنبي من دين له عليه إلا أن يكون الوارث كفيلًا عنه فلا يجوز ؛ إذ يبرأ ببراءته ولو كان الأجنبي هو الكفيل عن الوارث جاز إبراؤه من الثلث ، ولم يجز إقراره بقبض شيء منه ؛ إذ فيه براءة الكفيل فصولين وفيه عن الجامع أقر أنه أبرأ فلانًا في صحته من دينه لم يجز ؛ إذ لا يملك إنشاءه للحال ، فكذا الحكاية بخلاف إقراره بقبض ؛ إذ يملك إنشاءه بتملك الإقرار به ومر أن إقراره لوارثه لم يجز حكاية ولا ابتداء ، وللأجنبي يجوز حكاية من كل ماله وابتداء من ثلثه . ا هـ . وما عزاه إلى الجامع نقله في البدائع أيضًا ، ثم إن الذي يظهر لي في الجواب عن مسألة الإبراء المارة أن الإبراء نافذ من ثلث المال ؛ إذ لا يخفى أنه تبرع بلا عوض ، وقد صرحوا بأن تبرع المريض من الثلث ، فقوله فيما مر : « وجاز إبراء الأجنبي » أي : من الثلث وقوله : « إذ لا يملك إنشاءه للحال » أي : من كل ماله ، وهذا الجواب أحسن مما تقدم ، ثم رأيت ذلك مصرحًا به في الجوهرة حيث قال : وإن قال المريض قد كنت أبرأت فلانًا من الدَّين الذي عليه في صحتي لم يجز ؛ لأنه لا يملك البراءة في الحال فإذا أسندها إلى زمان متقدم ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، حكمنا بوجودها في الحال فكانت من الثلث . ا هـ . ولله الحمد لكنه مخالف لقوله فيما مر : « وللأجنبي » يجوز حكاية من كل ماله وابتداء من ثلثه ، وسنذكر في جواب السؤال الآتي تمام الكلام على ذلك ثم اعلم أنهم قد ذكروا هنا عبارات ظاهرها متناقض ، منها ما مر ، ومنها ما في الخلاصة أن المريض إذا أقر باستيفاء دين الصحة في المريض يصح سواء كان عليه دين صحة أو لا. اهـ .

ومثله في الولوالجية فهذا أيضًا مخالف لما مر من قوله : لا يصدق في قبض الثمن إلا بقدر الثلث ومثله ما في الخلاصة أيضًا لو أقر بقبض دين له كان في المرض صدق من الثلث ويخالفه ما في الخانية لو باع المريض عينًا من أعيان ماله من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن صح من جميع ماله . ا هـ . ومنها ما في الخلاصة أيضًا من قوله : « ولو أقر باستيفاء دين أقرضه في مرضه لا يصح لو عليه دين صحة وإلا جاز » . ا هـ . فقوله : « وإلا جاز » يقتضي أن يصدق من كل المال لا من الثلث فقط قال في نور العين ولعل في هذه المسألة أيضًا روايتين أو أحد قوليه سهو والله أعلم . ا هـ .

وقد علمت قوله المار : « الظاهر أن هذا » أي : تصديقه من كل المال أصح ، ولكن فيه تفصيل ، قال شيخ =

....

=مشايخنا السائحاني : وفي البدائع : فإن أقر المريض باستيفاء دين وجب في حال الصحة يصح سواء كان عليه دين الصحة أو لا ، وإن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض ، فإن وجب بدلًا عما هو مال لا يصدق في حق غرماء الصحة ويصدق في حقهم فيما وجب بدلًا عما ليس بمال . ا هـ . وظاهر إطلاقه : أنه يصدق وينفذ من كل التركة ، وهو صريح المحيط ويظهر لي العمل بما في الخلاصة فيما فيه تهمة ، والمراد بالتهمة ما إذا قامت قرينة دالة على أن مراده إضرار الورثة أو الغرماء ؛ وأنه كاذب في ذلك الإقرار ويؤيده ما في حاشية البيري عن التتارخانية : أشهدت المرأة شهودًا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك ، وسعهم أن لا يقبلوا الشهادة إلخ ، ولا يخفى أن المراد الإشهاد في حال الصحة ؛ إذ الإقرار في المرض للوارث غير صحيح أصلًا ، ولو شهد الشهود به فحيث سوغوا للشهود عدم الشهادة فيما إذا قصد المقر الإضرار ؛ لأنه جور ، فينبغي للقاضي عدم سماع تلك الدعوى حيث علم ذلك أو قامت له عليه قرينة ظاهرة ، ومثله ما إذا أقر المريض بقبض دينه من الأجنبي لكن هنا إقراره له قد يكون بطريق الإبراء أو الوصية ، فينبغي نفاذه من الثلث ؛ لأن إبراء الأجنبي جائز بخلاف الوارث هذا غاية ما تحرر في هذا المقام ، ويأتي قريبًا فيه مزيد كلام ، والله تعالى أعلم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٠/٣٨١ ، ٣٨٢) : « وإذا كاتب عبدًا في صحته ، ثم أعتقه في مرض موته ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته ، أو مال كتابته ، عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان ، وقيمة المكاتب مائة ، ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث .

ولو كان مال الكتابة مائة ، وقيمته مائة وخمسون ، اعتبرنا مال الكتابة ، ونفذ العتق ، ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها ؛ وإنما اعتبرنا الأقل ؛ لأن قيمته إن كانت أقل ، فهي قيمة ما أتلف بالإعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ؛ فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه ، أو يمتنع من أدائه ، فلا يجبر عليه ، فلم يحتسب له به ؛ وإن كان عوض الكتابة أقل ، اعتبرناه ؛ لأنه يعتق بأدائه ، ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه ، وصار عوضه ؛ وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة ؛ فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ، ونعمل بحسابه ، فيعتق منه ثلثاه ، ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه ، عتق ، وإلا رق منه ثلثه .

ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين ، فبقي ثلثه بخمسين ، فأداها ، أن يقول : قد زاد مال الميت ؛ لأنه حسب على الورثة بمائة ، وحصل لهم بثلثه خمسون ، فقد زاد مال الميت ، فينبغي أن يزيد بما عتق منه ؛ لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد ، والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه ؛ لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب ، فلا يحسب من مال الميت .

فعلى هذا ، إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين ، وقيمة العبد مائة ، وللميت مائة أخرى ، عتق من العبد ثلثاه ، وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون ، عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلث الخمسين ، فيعتق من العبد قدر ثلثها ، وهو تسع الخمسين ، وذلك نصف تسعه ، فصار العتق ثابتًا =

٣٢٤٢ – ومن التصرفات التي جعلوا حكمها حكم الوصية : إبراء المريض مدينه من الديْن أي : التنازل له عنه ، ولما كان لا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ في شيء منه ، لأن ذلك يختلف باختلاف حال الموصي والموصى له والموصى به .

٣٢٤٣ – كذلك لا يمكننا الحكم على التنازل عن الديْن إلا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدين ، والمتنازل له وهو المسقط عنه ، والمتنازل عنه وهو الديْن ، فإذن يلزمك أن تلفت للتفصيل الذي بينه حتى تعرف في نهايته حكم كل حالة على حدتها ، وهو الشخص المريض مرض الموت أما أن يكون غير مديون ، وأما أن يكون مديونًا ، **فإن كان مديونًا** : فإما أن يكون دينه مستغرقًا لتركته أو غير مستغرق لها ، وعلى كل ، فإما أن يكون الشخص المتنازل له عن الديْن وارثًا للمتنازل ، أو أجنبيًا منه ، وإن كان أجنبيًا : فإما أن يكون للمتنازل عن الديْن وارث أو لا ، وفي كل من هذه الأحوال ، إما أن يكون الدين المتنازل عنه أقل من ثلث التركة ، أو مساويًا له ، أو أكثر منه **واليك الأحكام** :

فإن كان المتنازل عن الدَّيْن غير مدين أصلًا وكان المتنازل له أجنبيًا منه ولم يكن للمتنازل وارث ؛ نفذ هذا التنازل .

ولو استغرق جميع ماله فلا حق لأحد في المعارضة ، ولو كان بيت المال ؛ لأن هذا التنازل يعتبر وصية ، والموصى له مقدم في الاستحقاق على بيت المال والمتأخر لا يعارض المتقدم .

٣٢٤٤ – وإن كان المتنازل مدينًا وكان دينه مستغرقًا لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته ألفي جنيه مثلًا وتركته تقوم بمثل هذا المبلغ ؛ فلا ينفذ هذا التنازل ، ولو كان الديْن المتنازل عنه قليلًا .

٣٢٤٥ – ولا فرق حينئذٍ بين ما إذا كان المتنازل له وارثًا أو غير وارث ولكن محل

= في ثلثيه ، ونصف تسعه ، وحصل للورثة المائة ، وثمانية أتساع الخمسين ، وهو مثلًا ما عتق منه ؛ فإن قيل : لم أعتقتم بعضه ، وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم : إن المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟! ، قلنا : إنما أعتقنا بعضه هاهنا بإعتاق سيده ، لا بالكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته ، نفذ في ثلث ماله ، وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة ، إذا كان عتقه بها ؛ لأنه إذا بقي عليه شيء ، فما حصل الاستيفاء ، ويختص المعاوضة ، فلم تثبت الحرية في العوض » .

ذلك : إذا لم يبرئه الدائنون ، فإن أبرأه نفذ ولو استغرق الديْن المتنازل عنه جميع ماله ؛ لأنهم أصحاب الحقوق في هذه الحالة ، وحقهم مقدم ، فإذا تنازلوا عن حقوقهم نفذ ؛ لزوال المانع منه .

٣٢٤٦ - وإن كان المتنازل مدينًا ودينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألف جنيه وتركته تساوي ثلاثة آلاف جنيه ؛ نخرج من التركة أولًا مقدار ما عليه من الديون ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الديون وهو في هذا المثال ألفا جنيه بالحكم على التنازل في حالة ما إذا لم يكن عليه ديْن أصلًا ، وقد عرفته .

٣٢٤٧ - وإن كان المتنازل غير مدين وكان المتنازل له وارثًا ، وكان للمتنازل ورثة غيره ؛ فلا ينفذ هذا التنازل إلا إذا إجازته الورثة ، سواء كان الدَّيْن المتنازل عنه أقل من الثلث أو مساويًا له ، أو أكثر منه ، لأننا إذا نفذناه بدون إجازة الباقي ، تضرر غير المتنازل له بسبب تفضيل المتنازل بما يأخذه زائدًا عن الاستحقاق الذي قدره الله له في التركة ، فيؤدي هذا التضرر إلى قطعية الرحم ، فجعل الشارع لهم الحق في الإجازة وعدمها منعًا لذلك .

٣٢٤٨ - وإن كان المتنازل غير مديون وله ورثة وكان المتنازل له عن الديْن أجنبيًا منه ، فإن كان الدَّيْن المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال ، نفذ التنازل ، وإن لم تجزه الورثة .

أما إذا تجاوز الثلث ؛ فإن الزائد يكون موقوفًا على إجازة الورثة ؛ لأن الشارع أعطى للمريض مرض الموت حق التبرع إلى ثلث أمواله بالنسبة للأجانب ، وإن لم تجزه الورثة ؛ فإن زاد المتبرع به عنه ؛ توقف الزائد على إجازتهم ، فإن أجازوه ؛ نفذ ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه ، فيزول المانع فينفذ .

(مادة ٥٦٧)

إِبْرَاءُ الزَّوْجَةِ زَوْجَهَا فِي مَرَضِهَا الَّذِي مَاتَتْ فِيهِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ (١) .

* * *

٣٢٤٩ - ولما كانت الزوجية سببًا من أسباب الميراث ، وكان التنازل عن الدَّيْن

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٣٢١ ، ٣٢٢) : « ولو أبرأت زوجها من مهرها أو وهبته إياه ثم ماتت بعد مدة فقالت الورثة : أبرأته في مرض موتها وأنكر الزوج ، فالقول قوله ، كذا في التبيين » .

لوارث لا ينفذ ولو كان المتنازل عنه قليلًا إلا بإجازة بقية الورثة ، كان تنازل أحدهما وهو مريض مرض الموت عن دَيْن للآخر مثل ذلك في الحكم .

٣٢٥٠ - فإذا أبرأت الزوجة زوجها عن دَيْن لها في ذمته وهي مريضة مرض الموت ، أو أبرأها هو كذلك توقف نفاذ هذا الإبراء على إجازة بقية الورثة ولو قل الدَّيْن المبرأ منه .

٣٢٥١ - فإن لم يكن لأحدهما وارث غير الآخر ؛ نفذ الإبراء ولو استغرق جميع المال ، لأن المنع كان لحق الورثة ولم يوجدوا فينفذ .

فإذا فرضنا أن شخصا له في ذمة غيره ستمائة جنيه فتنازل الدائن عن هذا الدَّيْن وهو مريض مرض الموت إلى مديونة ، فإن كان المتنازل له عن الدَّيْن وارثًا للدائن ؛ فلا ينفذ هذا التنازل إلا بإجازة بقية الورثة ، ولو كانت تركته بالألوف أو كان غير مديون ، وإن كان المتنازل له أجنبيًا ، فإن كان المتنازل مديونًا بدين مستغرق ؛ فلا ينفذ أيضًا إلا بإجازة الدائنين .

٣٢٥٢ - وإن كان دينه غير مستغرق للتركة ، فإن كان هذا التنازل لا يضر بحقوق الدائنين بأن كان ما يبقى من أمواله بعد هذا الدَّيْن يفي بديونهم ؛ نفذ من غير توقف على إجازتهم وإن لم يف ؛ فلهم الحق في المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم .

٣٢٥٣ - وإن كان المتنازل غير مديون أصلًا وكان المتنازل له أجنبيًا وله ، فإن كان الدَّيْن المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بأن فرضنا في هذا المثال أن تركة المتنازل تساوي ألفًا وثمانمائة جنيه أو أكثر بما فيها هذا المبلغ نفذ هذا التنازل وإن لم تجزه الورثة .

وإن كان أكثر من الثلث بأن كانت جميع أمواله لا تساوي ألا تسعمائة جنيه مثلًا ؛ نفذ الإبراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلثمائة جنيه ، وأما الزائد ؛ فإنه يتوقف على إجازة الورثة ؛ فإن أجازوه وهم من أهلها ؛ نفذ لأن المانع قد زال .

(مادة ٥٦٨)

الدَّيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، وَالْوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الإِرْثِ وَدَيْنُ الصِّحَّةِ مُطْلَقًا ، سَوَاءٌ عُلِمَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ عُلِمَ بِالإِقْرَارِ .

وَمَا لَزِمَهُ فِي مَرَضِهِ بِسَبَبٍ مَعْرُوفٍ ، كَنِكَاحٍ مُشَاهَدٍ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ، وَبَيْعٍ مُشَاهَدٍ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ ، وَإِتْلَافِ مَالٍ لِلْغَيْرِ مُشَاهَدٍ أَيْضًا ، كُلُّ ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمُقَرُّ بِهِ فِي الْمَرَضِ وَدِيعَةً (١) .

* * *

٣٢٥٤ - وقد علمت أن الشخص متى أقر لغيره بدَيْن وهو صحيح غير محجور عليه نفذ هذا الإقرار من كل ماله ، سواء كان المقر له أجنبيًا من المقر أو وارثًا له ، وسواء كان المقر مدينًا أو غير مدين ، أما إذا أقر وهو مريض مرض الموت ؛ فلا ينفذ إقراره إلا إذا كان المقر له أجنبيًا ، ولم يكن المقر مديونًا ويترتب على نفاذ الإقرار : إلزام المقر بكل الديون ، سواء لزمته في حال صحته أو في حال مرضه .

٣٢٥٥ - ولكن إذا لم يقض المدين الديون حال حياته ، بل مات وهي في ذمته ، فلا يكون حكمها واحدًا بالنسبة لقضائها ، بل تقضى ديون الصحة أولًا من التركة ، ثم ديون المرض ، ولا بأس من أن نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الإجمال تاركين

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٣٠٢/٢) : « (دين صحته) أي : المريض (وما لزمه) أي : المريض (في مرضه) أي : في مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض أو بالشراء ، وعاينهما الشهود أو أهلك مالا أو تزوج بمهر مثلها وعاينهما الناس (سواء) ؛ لأنه لما علم سببه انتفى التهمة في الإقرار به فصار كالدَّيْن الثابت بالبينة في مرضه (ويقدمان) أي : دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف (على ما أقر به في مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما في البحر هذا عندنا ، وعند الأئمة الثلاثة : الدينان سواء ، لأنه إقرار لا تهمة فيه ؛ لأنه صادر عن عقل ، والذمة قابلة للحقوق في الحالين .
ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في أول مرضه ؛ لأنه عجز عن قضائه عن مال آخر ، فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورًا عنه ومدفوعًا به (والكل) أي : كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ، ودين المرض الثابت بمجرد الإقرار ، فالكل إفرادي فإنه أكثر استعمالًا كما في القهستاني (مقدم على الإرث) ، وإن أحاط الديون المذكورة جميع ماله ، والقياس : أن لا ينفذ إلا من الثلث لكن ترك بالأثر ، وهو قول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ؛ إذا أقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته ، والأثر في مثله كالخبر ؛ لأنه من المقدرات فلا يترك بالقياس ، فصار المقر له أولى من الورثة ، ولأن حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته ، وقضاء دينه من حوائجه الأصلية كتكفينه » .

التفصيل إلى شرح مادة (٥٨١) .

٣٢٥٦ - فاعلم أن الأموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته ؛ إما أن يتعلق بها حق للغير حال ، وإما أن لا يتعلق بها هذا الحق . **فإن كان الأول** : كالشيء المرهون والمؤجر إذا عجل المستأجر الأجرة ؛ قدم الحق المتعلق بالشيء على غيره من الحقوق .

وإن كان الثاني : فهناك حقوق أربعة مرتبة كالآتى :

٣٢٥٧ - أولًا : التجهيز وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين دفنه بلا إسراف ولا تقتير ، بل على حسب أمر الشريعة الإسلامية المطهرة

٣٢٥٨ - ثانيًا : قضاء الدين ، ولكن يقدم دين الصحة على دَيْن المرض عندما تضيق التركة عن الوفاء بالكل .

ودين الصحة : هو ما لزم الشخص في حال صحته ، سواء علم بالبينة أو بالإقرار وما لزمه في حال مرضه بشرط أن يعلم ثبوته بطريق المعاينة ، ويسمى الأول : دين صحة حقيقة ، والثاني : دين صحة حكمًا أى أنه متساو له في الحكم .

ودين المرض : هو ما أقر به في مرض موته أو أقر به وهو في حالة يغلب عليه فيها الهلاك ، كمن حكم عليه بالإعدام لارتكابه جريمة القتل ، وقدم ليقتص منه ، وليس هناك طريق لإثبات هذا الدين إلا الإقرار .

وحينئذٍ نقول : إن الدَّيْن الذي عليه أما أن يكون لشخص واحد ، وأما أن يكون لمتعدد ، فإن كان الأول : ووفى ما بقي من التجهيز به ؛ فبها ، وإن لم يف ؛ فإن شاء الدائن أسقط الباقي عنه ، وإن شاء تركه لدار الجزاء .

وإن كان الثاني : وكانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض وكان في التركة وفاء بالكل ، أخذ كل دينه . وإن كانت التركة أقل من الديون ؛ أخذ كل منهما بنسبة دينه ، فإذا فرضنا أن شخصًا توفي وعليه ألف جنيه لثلاثة أشخاص أحدهم له خمسمائة ، وللثاني مائتان ، وللثالث ثلثمائة ، فإن كانت التركة تساوي ألف جنيه أو أكثر ، أخذ كل منهم دينه كاملًا ؛ لأن التركة تفي بالكل وإن كانت التركة لا تساوي إلا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسبية ، وحيث إن التركة في مثل هذا المثال نصف مجموع الديون ؛ فيأخذ كل منهم نصف دينه ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة في دَيْن كل منهم فحاصل الضرب هو ما يستحقه ذلك الدائن .

والعمل هكذا ٥٠٠ ÷ ١٠٠٠= ١/٢ و ١/٢ × ٥٠٠ = ٢٥٠

فهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بخمسمائة واستخراج نصيب الدائن بمائتين ، ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بمثل هذا العمل ، ومرجع الطريقتين واحد ، فاتبع ما يسهل عليك ، فإن الغرض الوصول إلى المقصود .

٣٢٥٩ – فإن لم تتساو الديون في الحكم بأن كان بعضها دَيْن صحة وبعضها دَيْن مرض ، فإن كانت تفي بالكل ؛ أعطى كل دينه ، وإن لم تف ، قدم دَيْن الصحة ، فإن بقي شيء ؛ أعطي لأصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة .

٣٢٦٠ – وإنما قدمت ديون الصحة على ديون المرض ؛ لأنه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بما في يده ؛ لأنها حالة العجز عن الاكتساب غالبًا ، فليس له أن يشرك فيه غيرهم .

٣٢٦١ – وإنما تساوت الديون التي لزمته في حال مرضه بإقراره أن كان سببها معلومًا والديون التي لزمته في حال صحته ؛ لأنه لما علم السبب انتفت التهمة عن الإقرار ، بل هي ثابتة ، وإن لم يقر .

فإذا استقرض مالًا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئًا وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استهلك مالًا لغيره على رءوس الأشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة ؛ لأن إثباتها ممكن وإن لم يقر ، فلا مرد لها حيث كانت أسبابها معلومة .

٣٢٦٢ – **ثالثًا** : تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فإذا أوصى لشخص أجنبي منه بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنيه ولكن صرف منها في تجهيزه ثلاثون جنيهًا ؛ وكان عليه مائتان وسبعون جنيهًا دَيْنًا وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين ؛ فلا يجاب إلى ، بل يعطى ثلث الباقي بعدهما وهو مائتا جنيه .

٣٢٦٣ – فقد علمت من ذلك أن الدَّيْن مقدم على الوصية وإن كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الدَّيْن مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [1] . فظاهر هذه الآية أن الوصية مقدمة على الدَّيْن لذكرها قبله .

(١) النساء : ١٢ .

والجواب عن ذلك : ما قاله سيدنا على كرم الله وجهه : إنكم تقرأون الوصية قبل الدَّيْن ، وكان رسول ﷺ يبدأ بالدَّيْن .

٣٢٦٤ - والسر في تقديمها في الآيات القرآنية : أنها تشبه الميراث في كونها مأخوذة بلا عوض ، فيشق إخراجها على الورثة ، فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدَّيْن ، فإن نفوس الورثة مطمئنة إلى أدائه لكونه في مقابله شيء ، وربما كان الشيء المقابل له موجودًا في التركة .

ففي تقديم ذكرها بعث على أدائها معه وتنبيه على أنها مثله في وجوب الأداء والمسارعة إليه ؛ ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي « أو » .

٣٢٦٥ - **رابعًا** : الإرث فيقسم باقي التركة على المستحقين له بعد إخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه في شرح مادة (٥٨٤) .

(مادة ٥٦٩)

لَيْسَ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ غُرَمَائِهِ دُونَ الْبَعْضِ عِنْدَ تَسَاوِي الدُّيُونِ حُكْمًا ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ إِعْطَاءَ مَهْرٍ لِلزَّوْجَةِ أَوْ إِيفَاءَ أُجْرَةٍ ، بَلْ تُشَارِكُ الزَّوْجَةُ وَمَنْ يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ غُرَمَاءَ الصِّحَّةِ .

وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ : مَا إِذَا أَدَّى بَدَلَ مَا اسْتَقْرَضَهُ فِي مَرَضِهِ، أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَاهُ فِيهِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ إِذَا ثَبَتَ الْقَرْضُ وَالشِّرَاءُ بِالْبُرْهَانِ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ثَمَنَ مَا اشْتَرَاهُ فِيهِ أَوْ بَدَلَ مَا اسْتَقْرَضَهُ فِيهِ حَتَّى مَاتَ ؛ فَالْبَائِعُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ مَا لَمْ تَكُنِ الْعَيْنُ الْمَبِيعَةُ بَاقِيَةً فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، يُقَدَّمُ عَلَى غَيْرِهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٥/٢٤) : « ولا يجوز للمريض أن يقضي دَيْن بعض الغرماء دون بعض ؛ لأن فيه إبطال حق الباقين إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه ، وقد علم ذلك بالبينة ؛ لأنه لم يبطل حقهم ، وإنما حوله من محل أخرجه عن ملكه إلى محل حصله ، فصار كما لو رد عين ما استقرضه إلى المقرض أو رد المبيع بعيب ، وهذا ؛ لأن إخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد إخراجًا بخلاف ما إذا تزوج امرأة وأعطاها المهر ؛ حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيما قبضت ، وكذا إذا استأجر عينًا وأوفى أجرتها فإنهم يشاركونه ؛ لأنه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به ؛ لأن المنافع لا يتعلق حقهم بها ، فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ، ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا .

=

٣٢٦٦ - فقد ظهر جليًا أن الديون بالنسبة لقضائها ليست في درجة واحدة ، بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض وحينئذٍ فإذا أراد المريض أن يقضي ديون بعض الغرماء دون البعض الآخر فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول : أن تكون التركة تفي بكل الديون .

الثاني : ألا تكون كذلك .

فإن كان الأول : فلا يعارضه أحد ؛ لأنه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين ؛ إذ كل يستوفي دينه بأكمله ، فلا يثبت له حق الاعتراض ، سواء كانت الديون مختلفة في الحكم أو متساوية فيه .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كانت غير التركة غير وافية بجميع الديون ، فإما أن تكون الديون مختلفة في الحكم ، أو متساوية فيه ، **فإن كان الأول** : فإن أراد أن يقضي الدَّيْن القوي وهو دَيْن الصحة ، فلا حق لصاحب الدَّيْن الضعيف في المعارضة ؛ لأن حقه مؤخر ، وإن أراد قضاء الديون المرض ؛ ثبت لصاحب الدَّيْن القوى حق معارضته لتقديم حقه .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض ، ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما في يده على السواء ؛ فإذا فرضنا أنه سلم لبعضهم دينه ؛

= فإن قيل : يصح إقراره بوارث آخر وفيه إبطال حق غيره من الورثة لا سيما إذا كان المقر له يحجب غيره ، فوجب أن يجوز إقراره بالدَّيْن وإن كان فيه إبطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضًا بل أولى ؛ لأنه أدنى من الحجب . قلنا : إن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعًا والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودًا فيضاف إلى الموت ؛ ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا ؛ لم يضمنا شيئًا ؛ لأنه ورث بالموت ، فأما الدَّيْن فلا يجب بالموت بل بالإقرار ؛ فيمنع من ذلك في حقهم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٠٨/٦) : « إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون ، صح قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ؛ وإن لم يف بها ؛ ففيه وجهان : أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ، ومشاركته فيما أخذه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن حقوقهم تعلقت بماله بمرضه ، فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم ، كتبرعه ؛ ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز ، فكذلك إذا قضاها . والثاني : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ، ولا مشاركته ، وهو قياس قول أحمد ، ومنصوص الشافعي ؛ لأنه أدى واجبًا عليه ، فصح ، كما لو اشترى شيئًا فأدى ثمنه ، أو باع بعض ماله وسلمه ، ويفارق الوصية ؛ فإنه لو اشترى ثيابًا مثمنة صح ، ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح ، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه ، وقد صح عقيب البيع ، فكذلك إذا تراخى ؛ إذ لا أثر لتراخيه » .

ثبت للبعض الآخر الحق في استرداده ليأخذ منه بنسبة دينه ، فلا يختص الآخذ بما أخذ .

٣٢٦٧ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان المأخوذ مهرًا ، أو أجرة شيء استوفى منفعته ، أو غيرهما ؛ لأن ما حصل للمريض من النكاح وسكنى الدار مثلًا لا يصلح لتعلق حقهم بعين التركة ، فيكون في تخصيصهما بإعطاء شيء من ماله إبطالًا لحق الغرماء وهو لا يملكه .

٣٢٦٨ - ويستثنى من ذلك مسألتان :

الأولى : إذا أدى بدل ما استقرضه في مرضه .

الثانية : إذا دفع ثمن ما اشتراه في مرضه بمثل القيمة ، إلا أنه يشترط ثبوت كل من القرض والشراء بالبرهان لا بمجرد الإقرار .

٣٢٦٩ - فإذا استقرض المريض ألف جنيه مثلًا ، أو اشترى بيتًا بما ذكر وكانت قيمته كذلك وقد علم كل منهما بالبرهان ودفع مثل ما أخذه قرضًا للمقرض أو ثمن البيت الذي اشتراه ؛ سلِم لكل منهما ما أخذ ، فلا حق لباقي الدائنين في استرداده ليشاركه فيه .

والسبب في ذلك : أنه حصل في يده مثل ما نقدوا حق الغرماء تعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، فإذا حصل له مثل ما دفع فلا يعد تفويتًا لحقوقهم .

ولكن محل ذلك : إذ أعطى المريض ما ذكر حال ، فإن مات قبل الدفع ؛ فلا يخلو الحال بالنسبة للمبيع من أحد أمرين :

الأول : أن يكون موجودًا تحت يد البائع .

الثاني : أن يكون سلمه إلى المشتري في حياته .

فإن كان الأول : ثبت له حق المنع حتى يستوفي ثمنه ، فإن دفع إليه فبها ، وإلا فيباع على ذمة المشتري ؛ لأنه مملوك له ، فإن كان ثمنه الذي بيع به الآن يساوى ما اشترى به أوّلًا أخذه البائع ، وأن زاد ضم الزائد إلى التركة ، وأن نقص أخذ البائع كله ويكون في الباقي أسوة الغرماء .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا سلمه إلى المشتري ثم مات قبل أن يدفع إليه الثمن ؛ فالبائع أسوة الغرماء ولو وجد المبيع بعينه في التركة .

٣٢٧٠ - فإذا فرض أن شخصًا باع لغيره بيتًا بخمسمائة جنيه مثلًا وقبضه المشتري بإذن بائعه قبل أن يدفع الثمن ثم مات ولم يترك سوى هذا البيت وكانت عليه ديون

أخرى فقال البائع : أنا أحق بهذا البيت أستوفي منه ديني أولًا فإن بقي شيء يأخذه غيري من الدائنين ، وقال الدائنون : لا حق لك في هذا الطلب ، بل نحن شركاء في هذا البيت ، فيقسم بيننا على نسبة دين كل منا ؛ فلا يجاب البائع إلى طلبه ويجاب الدائنون وحينئذٍ يباع البيت ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم.

٣٢٧١ - وقال الإمام الشافعي : إذا وجد البائع المبيع في تركة المشتري بعد موته وقبل نقده الثمن ، كان أحق به من سائر الغرماء ، فيستوفي منه دينه أولًا ، لأن دينه متعلق بهذا الشيء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حق فيه .

٣٢٧٢ - واستدل الإمام الأعظم بدليلين : أولهما : نقلي ، والثاني : عقلي .

فالأول : قوله عليه الصلاة والسلام : « **إذا مات المشتري مفلسًا ، فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء** » [1] .

والعقلي : هو أن البائع لما سلم المبيع وقبضه المشتري بإذنه فقد أسقط حقه في الحبس حتى يستوفي الثمن ، فصار المبيع من مملوكات المشتري لا حق للبائع فيه ، وإنما للبائع مطالبة المشتري بالثمن لا غير ، فيكون دائنًا مثل غيره فلا يميز عن غيره .

٣٢٧٣ - وقد يتفق إن دَيْن بعض الدائنين كان ثمن مبيع أيضًا وتصرف فيه المشتري قبل وفاته .

٣٢٧٤ - ومن الجائز أن يكون هذا الدائن باع ما باعه للمشتري بعد البائع الذي وجد متاعه بعينه ، فلو أعطيناه من كان متاعه موجودًا وحرمنا الآخر ؛ لتضرر مع اتفاقهما في سبب الدَّيْن .

٣٢٧٥ - وليس هناك سبب في تأخير من لم يجد مبيعه في التركة سوى تصرف المشتري فيه قبل وفاته ، وليس له دخل في ذلك ، فيمنع الضرر عنهما بقدر ما يمكن ؛ وذلك يكون بالقسمة التناسبية ؛ إذ لو أعطينا بعضهم جميع دينه ولم نعط البعض الآخر شيئًا لكان أشد ضررًا من إعطاء كل منهما بعض دينه وهو ظاهر .

(١) سنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده / ٣٥٢٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : من وجد متاعه عند رجل قد أفلس / ٢٣٥٩) .

الفصل الخامس
في أحكام المفقود

(مادة ٥٧٠)

الْمَفْقُودُ : هُوَ الْغَائِبُ الَّذِي لَا يُدْرَى مَكَانُه ، وَلَا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ، وَلَا وَفَاتُهُ [١] .

* * *

٣٢٧٦ - الأشخاص وإن كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم إلى أقسام كثيرة ، إلا أنه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى ثلاثة أقسام :

٣٢٧٧ - **الأول** : مَن تحققت حياته .

٣٢٧٨ - **الثاني** : مَن تحققت وفاته .

٣٢٧٩ - **الثالث** : مَن لا يعلم حاله .

٣٢٨٠ - والكلام الآن خاص بالثلث وهو المفقود .

٣٢٨١ - وهو في اللغة اسم مفعول من : فقدت الشيء ، إذا أضللته ، ومعناه في اصطلاح الفقهاء : غائب لم يدر أحي هو أم ميت ، وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره فبالجد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الميعاد [٢] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٦/١٩٦) : « المفقود : اسم لشخص غاب عن بلده ، ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٠٢) : المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثامن عشر : أحكام عامة : الحكم بموت المفقود : المادة (١٧٧) : المفقود الذي فُقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده ما لم يكن فقده أثر كارثة كزلزال ، أو غارة جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن وحدوث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده ، أما إذا كان في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حيًّا أو ميتًا .

(مادة ٥٧١)

إِذَا تَرَكَ الْمَفْقُودُ وَكِيلًا قَبْلَ غِيَابِهِ لِحِفْظِ أَمْوَالِهِ وَإِدَارَةِ مَصَالِحِهِ ، فَلَا يَنْعَزِلُ وَكِيلُهُ بِفَقْدِهِ ، وَلَا تَنْزِعُ الْوَرَثَةُ الْمَالَ مِنْ يَدِهِ وَلَا أَمِينُ بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَفْقُودُ لَا وَارِثَ لَهُ أَصْلًا . وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ تَعْمِيرُ عَقَارَاتِ الْمَفْقُودِ إِذَا احْتَاجَتْ إِلَى تَعْمِيرٍ، إِلَّا بِإِذْنٍ مِنَ الْحَاكِمِ .

* * *

٣٢٨٢ - والمفقود إما أن يترك وكيلًا قبل فقده ، وإما ألا يترك ، فإن كان الأول فهو الذي يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد ؛ لأن الوكيل ، وإن كان ينعزل بموت الموكل ، إلا أنه هنا لم تتحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفًا حتى يتحقق موت موكله .

٣٢٨٣ - ولذا لو أجر شيئًا من أملاكه قبل غيابه فلا تنفسخ الإجارة ما دامت المدة المتفق عليها في عقد الإجارة باقية ؛ لأن الإجارة وإن كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر ، إلا أن هذا لم يتحقق موته .

٣٢٨٤ - ويترتب على هذا : أن المفقود إن كانت له ورثة فلا حق لهم في نزع المال من تحت يد الوكيل ؛ لأنهم لا يستحقون ماله بطريق الإرث إلا بعد التحقق من الموت وهذا ليس كذلك .

٣٢٨٥ - وإن لم تكن له ورثة ، فليس لأمين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل ؛ لأنه إنما يستولَى على الأموال التي لا مستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك إلا إذا تحققت وفاته أو حكم القاضي بموته بعد مضي المدة القانونية التي سيأتي بيانها في شرح مادة (٥٧٦) .

٣٢٨٦ - ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقارات المفقود إذا احتاجت لذلك إلا بإذن من القاضي ، وقالوا في توجيه ذلك : إنه يجوز أن يكون الغائب قد توفي فلا يكون الوكيل وصيًا .

(مادة ٥٧٢)

إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَفْقُودُ تَرَكَ وَكِيلًا ، يُنَصِّبُ لَهُ الْقَاضِي وَكِيلًا يُحْصِي أَمْوَالَهُ الْمَنْقُولَةَ وَغَيْرَ الْمَنْقُولَةِ ، وَيَحْفَظُهَا وَيَقُومُ عَلَيْهَا ، وَيُحَصِّلُ غَلاتِهِ وَرَيْعَ عَقَارَاتِهِ ، وَيَقْبِضُ دُيُونَهُ الَّتِي أَقَرَّتْ بِهَا غُرَمَاؤُهُ [١] .

* * *

٣٢٨٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يترك الغائب وكيلًا أقام له القاضي من يحصي

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٣/٣١٠ ، ٣١١) : « (فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه) ؛ لأن القاضي نصب ناظر الكل من عجز عن النظر لنفسه ، وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل ، وقوله من يأخذ حقه : يعني يقبض غلاته والديون التي أقر بها غرماؤه ؛ لأنه من باب الحفظ ولا يخاصم في دَيْن لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد غيره ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي ؛ ولأنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب ؛ وإنما الخلاف المعروف بين الأصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدَّين ، هل يملك الخصومة أم لا ؟ فعند أبي حنيفة يملك ، وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه ؛ فإذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فإن قيل : المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودًا في القذف قلنا : ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا ؟! فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف هكذا ذكر هنا وهو مشكل فإن الاختلاف في نفس القضاء ؛ وإلا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء أبدًا فإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر ؛ بخلاف ما إذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ أحد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذي نصبه القاضي يخاصم في دَيْن وجب بعقده بلا خلاف ؛ لأنه أصل فيه فترجع حقوقه إليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله ؛ لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها ؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة » .

قول الشافعية : جاء في حاشية أسنى المطالب (٣/٤٥٦) : « ولو غاب الرشيد عن ماله غيبة طويلة ، ولا نائب له ، هل يلزم الحاكم أن ينصب من يعمر عقاره ويسقي زرعه ويحفظ ثمرة ماله الظاهر ؟! ، نعم لأن عليه حفظ مال الغيب كالمحجورين ؛ وكذا لو مات مدين وترك زرعًا وغيره وتعلقت به ديون مستغرقة وتعذر بيعه في الحال ؛ فالظاهر أن على الحاكم أن يسعى في حفظها بسقي وغيره إلى أن تباع في ديونه حيث لا وارث خاص يقوم بذلك ، وهو ظاهر » .

أمواله ، سواء كانت منقولًا أو عقارًا وينميها بما يكون فيه المصلحة للغائب فيقبض أجرة أملاكه المستأجرة قبل الفقد ويؤجر غيرها ويقبض الديون التي أقرت بها الغرماء .

٣٢٨٨ - ومثلها الودائع ويخاصم في الحقوق التي وجبت بعقده ، لأنه أصيل فيها وإنما نصب القاضي وكيلًا في هذه الحالة ، لأنه نصب ناظرًا لكل عاجز عن النظر في شئون نفسه .

٣٢٨٩ - ولا شك أن المفقود كذلك كالصبي والمجنون فيملك ما ذكر ، وليس لهذا الوكيل أن يخاصم في الشيء الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له من عقار أو منقول في يد غيره ؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي فلا يملك الخصومة ؛ لأن فيه تضمن الحكم على الغائب [١] .

(مادة ٥٧٣)

لِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ مِنْ مَالِ الْمَفْقُودِ ، مَنْقُولًا كَانَ أَوْ عَقَارًا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهُ لِيُعْطَى لَهُ إِنْ ظَهَرَ حَيًّا ، أَوْ لِمَنْ يَسْتَحِقُّه مِنْ وَرَثَتِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا مِمَّا لَا يُخْشَى عَلَيْهِ الْفَسَادُ ، لَا لِنَفَقَةِ عِيَالِهِ وَلَا لِغَيْرِهَا .

* * *

٣٢٩٠ - ولما كان المفقود عاجزًا عن النظر في مصلحة نفسه والقاضي هو الذي ينظر في ذلك ثبتت له ولاية بيع الشيء الذي يتسارع إليه الفساد من ماله ، سواء كان هذا المال منقولًا أو عقارًا .

٣٢٩١ - فالأول : كالفواكه والحرير والجوخ . والثاني : كأرض أو بيت على شاطئ نهر يخشى عليهما منه ؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى .

٣٢٩٢ - ولذا لا تثبت له ولاية بيع ما لا يخاف عليه الفساد أو الهلاك ، لأن حفظ الأمرين ممكن وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحًا ، فإن ظهرت حياة المفقود سلمه إليه وإن حكم بموته بعد مضى المدة القانونية سلمه لمن يستحقه من مورثه .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٠٤) : إذا ترك المفقود وكيلًا عامًا تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلًا قضائيًا .

(مادة ٥٧٤)

لِلْوَكِيلِ الْمَنْصُوبِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عِرْسِ الْمَفْقُودِ وَعَلَى أُصُولِهِ وَفُرُوعِهِ الْمُسْتَحِقِّينَ لِلنَّفَقَةِ مِنْ مَالِهِ الْحَاصِلِ فِي بَيْتِهِ ، أَوِ الْوَاصِلِ مِنْ ثَمَنِ بَيْعِ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، أَوْ مِنْ مَالٍ مُودَعٍ عِنْدَ مُقِرٍّ أَوْ دَيْنٍ عَلَى مُقِرٍّ .

* * *

٣٢٩٣ - ولكن محل حفظ الثمن المذكور إذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة .

٣٢٩٤ - فإن كان أنفق القاضي أو الوكيل الذي أقامه مقامه عليهم منه ، ومثل هذا الثمن في الحكم المال الموجود في بيت المفقود أن كان من جنس النفقة ؛ لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الأصول والفروع والزوجة ؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي .

٣٢٩٥ - ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء فيكون القضاء إعانة لهم على وصولهم إلى ما يستحقون فلا يكون قضاء على الغائب ؛ ولذا لا ينفق على غير من ذكروا كالأخوة والأعمام وغيرهم ؛ لأن نفقتهم لا تجب إلا بقضاء القاضي ولا يجوز القضاء على الغائب .

٣٢٩٦ - والوديعة والدَّيْن مثل ما ذكر في الحكم ، ولكن لا ينفق على الزوجة والأصول والفروع منهما إلا إذا كان كل من المودع والمديون مقرًا بالوديعة ، أو الدين والزوجية أو النسب .

٣٢٩٧ - فإن لم يقر بذلك ، فإن كان القاضي يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضًا ، وإن كان يعلم ببعضه يشترط الإقرار بما لم يعلمه .

٣٢٩٨ - ومتى حكم القاضي على المودع أو المدين بالإعطاء وسلم كل منهما الوديعة والدَّيْن بأمره فلا يضمنان للغائب شيئًا إذا حضر ؛ لأن القاضي له ولاية الدفع والأخذ .

٣٢٩٩ - فإن سلم كل منهما ما عنده إلى الزوجة أو أحد الأصول والفروع بغير أمر القاضي فلا يبرأ أمام الغائب إذا حضر من سفر، بل يضمن المودَع الوديعة والمدين الدَّيْن لتعدي المودع وعدم إيصال الدَّيْن إلى صاحبه أو نائبه .

٣٣٠٠ - وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في نفقه زوجة الغائب

والأصول والفروع فلا تكتف بهذا ، فإنه في غاية الإجمال ، بل ارجع إلى المباحث المتقدمة تجد كل ما تريد في هذا الموضوع .

(مادة ٥٧٥)

الْمَفْقُودُ يُعْتَبَرُ حَيًّا فِي حَقِّ الأَحْكَامِ الَّتِي تَضُرُّهُ ، وَهِيَ الَّتِي تَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ مَوْتِهِ . فَلَا يَتَزَوَّج عِرْسَهُ أَحَدٌ ، وَلَا يُقَسَّمُ مَالُهُ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَلَا تُفْسَخُ إِجَارَاتُهُ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عِرْسه وَلَوْ بَعْدَ مُضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ قَبْلَ ظُهُورِ الْحَالِ (١) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٩/٢ ، ٣٠٠) : « المفقود : هو الذي غاب عن أهله أو بلده أو أسره العدو ولا يدرى أحي هو أو ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار ، وحكمه أنه حي في حق نفسه لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، وهو ميت في حق غيره لا يرث ممن مات حال غيبته ، كذا في خزانة المفتين . وينصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويقبض غلاته والديون التي أقر بها غرماؤه ، ولا يخاصم في دَيْن لم يقر به لغريم ولا في نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره ؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ؛ وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب ، فإذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا ، فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق ثم الوكيل الذي نصبه القاضي يخاصم في دَيْن وجب بعقده بلا خلاف ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله ، كذا في التبيين . ولا يبيع ما لا يتسارع إليه الفساد في نفقة ولا في غيرها منقولًا كان أو عقارًا ، كذا في غاية البيان ، ينفق من ماله على من تجب عليه نفقته ، حال حضرته بغير قضاء كزوجته وأولاده وأبويه وكل من لا يستحقها بحضرته إلا بقضاء ؛ فإنه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما ، ومعنى قولنا من ماله النقدان ، كذا في خزانة المفتين ، والتبر بمنزلة النقدين في هذا الحكم ، وهذا إذا كان المال في يد القاضي ، وإن كان وديعة أو دينًا ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين الوديعة والدَّيْن والنسب والنكاح إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، وإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى إقرارهما ، وإن كان أحدهما ظاهرًا دون الآخر يشترط الإقرار بما ليس بظاهر في الصحيح ، وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدَّيْن بغير أمر القاضي فالمودع يضمن والمديون لا يبرأ ، وإن جحد المودع والمديون أصلًا أو جحد الزوجية والنسب لم ينتصب أحد ممن يستحق النفقة خصمًا في ذلك ، لا يفرق بينه وبين امرأته وحكم بموته بمضي تسعين سنة وعليه الفتوى ، وفي ظاهر الرواية يقدر بموت أقرانه فإذا لم يبق أحد من أقرانه حيًّا حكم بموته ويعتبر موت أقرانه في أهل بلده ، كذا في الكافي ، والمختار أنه يفوض إلى رأي الإمام ، كذا في التبيين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ، كذا في الهداية ، فإن عاد زوجها بعد مضي المدة فهو أحق بها ، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها ويعتبر ميتًا في ماله يوم تمت المدة ، وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقده ، كذا في التتارخانية » .

٣٣٠١ - ومن حيث إن المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الأحياء أو الأموات ؛ ولذا نص الفقهاء على أن الأحكام عليه مختلفة فقالوا أنه يعتبر حيًا في حق بعض الأحكام ويعتبر ميتًا بالنسبة للبعض الآخر.

٣٣٠٢ - فيعتبر حيًا بالنسبة للأحكام التي تضره وهي التي تتوقف على ثبوت موته .

٣٣٠٣ - وينبني على ذلك : أنه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ إجاراته التي عقدها قبل فقده ، بل تستمر كل هذه الأشياء إلى ظهور الحال وحينئذٍ يحكم بحسبها .

٣٣٠٤ - ويعتبر ميتًا بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقعة على ثبوت حياته .

(مادة ٥٧٦)

المَفْقُودُ يُعْتَبَرُ مَيِّتًا فِي حَقِّ الأَحْكَامِ الَّتِي تَنْفَعُهُ وَتَضُرُّ غَيْرَهُ، وَهِيَ المُتَوَقِّفَةُ عَلَى ثُبُوتِ حَيَاتِهِ .

فَلَا يَرِثُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلَا يُحْكَمُ بِاسْتِحْقَاقِهِ لِلْوَصِيَّةِ إِذَا أُوصِيَ لَهُ بِوَصِيَّةٍ، بَلْ يُوقَفُ نَصِيبُهُ فِي الإِرْثِ وَقِسْطُهُ فِي الْوَصِيَّةِ إِلَى ظُهُورِ حَيَاتِهِ أَوِ الْحُكْمِ بِوَفَاتِهِ .

* * *

٣٣٠٥ - وينبني على ذلك : أنه لا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بشيء ومات الموصي وهو مفقود ؛ بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته .

٣٣٠٦ - فإن ظهر أنه حي استحق الإرث والوصية ، وإن لم تظهر حياته وحكم بموته ؛ فالموقوف لأجله من الإرث والوصية يكون لورثة المورث والموصي .

٣٣٠٧ - والسبب في ذلك أن اعتباره حيًا إنما هو باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لأن يستحق به مال الغير ولكنه صالح ؛ لأن يدفع به استحقاق غيره لماله فيكون كأنه حي في ماله ميت في حق مال غيره .

٣٣٠٨ - ومعنى اعتباره ميتًا في حق هذه الأحكام أنه عند عدم ظهور الحال ومضى المدة القانونية يحكم بوفاته ويسري هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن في الحالة الأولى .

٣٣٠٩ - إذ لو اعتبرناه ميتًا في هذه الحالة لما وقفنا لأجله شيئًا مما يستحقه من غيره مع أنه ليس كذلك ؛ ولذا كان الظاهر أن يقال : إنه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الأحكام .

(مادة ٥٧٧)

يُحْكَمُ بِوَفَاةِ الْمَفْقُودِ إِذَا انْقَرَضَتْ أَقْرَانُهُ فِي بَلَدِهِ .

فَإِنْ تَعَذَّرَ التَّفَحُّصُ عَنِ الأَقْرَانِ ، وَحَكَمَ الْقَاضِي بِمَوْتِهِ بَعْدَ مُضِيِّ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ حِينِ وِلَادَتِهِ ، صَحَّ حُكْمُهُ (١) .

* * *

٣٣١٠ - ولما كان الحكم بالبقاء في هذه الدنيا مستحيلًا ؛ إذ لا بد لكل شخص من يوم تعتريه فيه المنية ، والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته ، إلا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتيج إلى بيان المدة التي يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقده .

٣٣١١ - ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعًا اختلفت المذاهب فيها وتشعبت آراء بعضها ، والذي يؤخذ من كلام الحنفية أنه لا يحكم بوفاته إلا إذا انقرضت أقرانه من بلده فإذا لم يبق أحد من أقرانه حيًّا حكم بموته ؛ لأن الشيء الذي تقع الحاجة إلى معرفته يكون طريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله ؛ وذلك كقيم المتلفات ، ومهر مثل النساء ، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر ، والأحكام الشرعية تبني على الغالب دون النادر .

٣٣١٢ - فإن تعذر الفحص عن الأقران حكم بموته بعد مدة ، وقد اختلفوا في تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد فإذا مضت هذه المدة حكم القاضي بموته ؛ لأن الأعمار في زماننا قلما تزيد على هذه المدة فيقدر بها .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (١٤٧/٦ ، ١٤٨) : « (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال ﷺ : وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة : وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لا يقدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) ؛ كأنه مات في ذلك الوقت معاينة ؛ إذ الحكمي معتبر بالحقيقي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) ؛ لأنه لم يحكم بموته فيها ، فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدًا مات في حال فقده) ؛ لأن بقاءه حيًّا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق » .

٣٣١٣ - ومن قائل : تقدر بمائة ، ومن قائل بتسعين ؛ لأن الغالب في الأعمار هذا ، ولكن هذا لا يصح إلا إذا قيل : إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ، ومن قائل تقدر بستين .

٣٣١٤ - ومن قائل : تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلًا : وعندي هذا أحسن ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين** »[1] . فكانت المنتهى غالبًا .

٣٣١٥ - وأنت خبير بأن هذا الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأى ؛ ولذا اختار الزيلعي ووافقه كثيرون أنه يفوض إلى رأي الإمام ؛ لأنه يختلف باختلاف البلاد والأشخاص فيجتهد ويحكم بالقرائن الظاهرة الدالة على موته أو عدمه ؛ إذ من فقد في المهلكة أو وقت ملاقاة العدو أو مع قطاع الطريق أو سافر مريضًا بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فقد لا في مثل هذه الأحوال .

٣٣١٦ - ولا شك أن الملك العظيم إذا فقد وانقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل في مهلكة وما سبب اختلافهم في المدة إلا اختلاف آرائهم فلا معنى للتقدير بمدة معينة .

٣٣١٧ - فأي وقت رأى الحاكم المصلحة في الحكم بموته حكم به وهذا هو الأليق بالفقه ؛ وبعد الحكم عليه بالموت تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل بعدها للأزواج .

٣٣١٨ - وهذا الرأي موافق لمذهب الشافعية ؛ إذ عندهم لا تقدر المدة بزمن معين على الصحيح ، بل إذا لم يثبت لدى القاضي موته، فإنه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التي لا يعيش فوقها غالبًا .

٣٣١٩ - وفي مذهب الإمام مالك تفصيل وهو : من فقد في بلاد الإسلام وانقطع خبره عن زوجته كان لها أن ترفع الأمر إلى الحاكم مع بيان الجهة التي تعرف أو تظن أنه سار إليها أو يمكن أن يوجد فيها ، والحاكم يبحث عنه في مظنات وجوده بأي طريق يراه مؤديًا إلى تعرف حاله ، وبعد العجز عن خبره يضرب لها أجلًا وهو أربع سنين فإذا انتهت اعتدت الزوجة عدة الوفاة ويحل لها بعد ذلك أن تتزوج بغيره .

٣٣٢٠ - ومن فقد في معترك بين المسلمين بعضهم مع بعض وثبت أنه حضر القتال

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : الدعوات عن رسول الله / باب : في دعاء النبي / ٣٥٥٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الزهد / باب : الأمل والأجل / ٤٢٣٦) .

جاز لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتد الزوجة ، ولها أن تتزوج بعد العدة ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره .

٣٣٢١ - فإن لم يثبت إلا أنه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدم في الحالة الأولى ، ومن فقد في حرب بين المسلمين وغيرهم كان لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة .

٣٣٢٢ - فإذا انقضت اعتدت وحل لها الزواج بعد العدة ويورث ماله بعد انقضاء السنة ، وضرب الآجال لاعتداد زوجة المفقود إذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة أو لم تخش على نفسها الفتنة وإلا رفعت الأمر إلى القاضي ليطلق عليه متى ثبت له صحة دعواها .

٣٣٢٣ - أما الأسير ومفقود أهل الشرك فتنتظر زوجته إلى تمام عمره واختلفوا في تقديره ما بين السبعين إلى الثمانين .

٣٣٢٤ - ولما رأى بعض الحنفية أن الحكم في مذهبهم شديد من حيث تقديره بموت الأقران أو بمضي المدة المتقدمة قال : إنه يفتى بمذهب الإمام مالك للضرورة كما أنه يفتى به في انقضاء عدة ممتدة الطهر ، فإن الحنفية يقولون : إن المرأة متى رأت دم الحيض ولو مرة وانقطع عنها لسبب من الأسباب وكانت متزوجة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضي عدتها إلا إذا عاودها الدم فتعتد بثلاث حيض ، فإن لم يعد فلا تنقضي إلا إذا بلغت سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة ، وتعتد بعده بثلاثة أشهر كاملة ، والمالكية يقولون : تنقضي عدتها بسنة كاملة .

٣٣٢٥ - فيفتى بمذهبهم ؛ لأن هذا الحكم في غاية الشدة بالنسبة للرجال لالتزامهم بالإنفاق على المرأة حتى تنقضي العدة وبالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن ؛ لأنه من الجائز أن تبقى في العدة خمسًا وأربعين سنة كاملة وأربعين سنة كاملة بأن تكون رأت دم الحيض وهي بنت تسع وطلقها زوجها بعد رؤيته ولم تره بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمسًا وخمسين وقد تقدم لك هذا المبحث في شرح مادة (٣١٢) .

٣٣٢٦ - وفصل الإمام أحمد فقال : إن فقد في حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفين حال التحام القتال أو غرق مركب فسلم قوم وغرق آخرون بحث عنه مدة أربع سنين .

٣٣٢٧ - فإن لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها واعتدت زوجته عدة

الوفاة وبعد انقضائها لها التزوج .

٣٣٢٨ - وإن فقد في حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم ، فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود إلى أهله ففيه رأيان أحدهما انتظاره إلى مضي تسعين سنة من مولده ؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا الزمن ، والثاني تفويضه إلى اجتهاد الحاكم فينظر ومتى وقع اجتهاده على شيء حكم به ويجتهد الحاكم أيضًا إذا فقد وهو ابن تسعين على القول الأول ؛ فتأمل يظهر لك ما فيه المصلحة من هذه المذاهب .

(مادة ٥٧٨)

مَتَى حُكِمَ بِمَوْتِ الْمَفْقُودِ ، يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ وَقْتَ صُدُورِ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ ، وَيُرَدُّ الْقِسْطُ الْمَوْقُوفُ لَهُ إِلَى مَنْ يَرِثُ مُوَرِّثَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَيُرَدُّ الْمُوصَى لَهُ بِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ وَصِيَّةٌ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي ، وَتَعْتَدُّ عِنْدَ ذَلِكَ زَوْجَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ وَتَحِلُّ لِلأَزْوَاجِ بَعْدَ انْقِضَائِهَا (١) .

* * *

٣٣٢٩ - ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتًا بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد ، ويترتب على الأول أن ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته فلا شيء لمن مات قبله ، لأن شرط التوريث بقاء الوارث حيًا بعد تحقق موت المورث .

٣٣٣٠ - فإذا فقد شخص عن ثلاثة أبناء ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به والابنان وأولاد الابن موجودون استحق الابنان كل التركة ولا شيء لأولاد الابن ؛ لأن أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئًا .

٣٣٣١ - ويترتب على الثاني أن المال الذي وقف لأجله من المورث أو الموصى يرد إلى ورثة مورثه أو ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى لا وقت الحكم بموت المفقود .

٣٣٣٢ - فإذا توفي شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود ؛ أخذ الابنان الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر إلى ظهور الحال ؛ فإذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذي توفي والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر ؛ لأن أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثًا عنه ، ومثله في هذا الحكم الوصية فإذا أوصى شخص لآخر بألفي جنيه مثلًا ومات الموصي والموصى له مفقود وكان الثلث يفي بالموصى به وقف إلى ظهور الحال ؛ فإذا مات أحد ورثة الموصى عن ورثة بعد موت الموصي وقبل الحكم بموت الموصى له ، وهو المفقود ثم حكم بموته استحقت ورثة المتوفي ما كان يستحقه هو لو كان موجودًا .

(مادة ٥٧٩)

إِذَا عُلِمَتْ حَيَاةُ الْمَفْقُودِ أَوْ حَضَرَ حَيًّا فِي وَقْتٍ مِنَ الأَوْقَاتِ، فَإِنَّهُ يَرِثُ مِمَّنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ أَقَارِبِهِ .

فَإِنْ عَادَ حَيًّا بَعْدَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ ، فَالْبَاقِي مِنْ مَالِهِ فِي أَيْدِي وَرَثَتِهِ يَكُونُ لَهُ ، وَلَا يُطَالَبُ أَحَدٌ مِنْهُمْ بِمَا ذَهَبَ (١) .

* * *

٣٣٣٣ – فإن لم تظهر حياة المفقود اتبعنا الأحكام المتقدمة إما إذا ظهرت حياته في وقت من الأوقات ، فإما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة ، وأما أن يكون بعده .

٣٣٣٤ – فإن كان الأول ورث ممن مات قبل ذلك من أقاربه واستحق ما كان موصى له به فيأخذ الموقوف لأجله .

٣٣٣٥ – وإن كان الثاني فالباقي من ماله في أيدى ورثته يكون له ، وأما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله ؛ لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم ، بل بحكم من القاضي فلا يكونون متعدين فينتفي عنهم الضمان .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢/ ٣٠٠) : « ولا يرث المفقود أحدًا مات في حال فقده ، ومعنى قولنا : « لا يرث المفقود أحدًا » أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكًا للمفقود ، أما نصيب المفقود من الإرث فيتوقف ، فإن ظهر حيًّا علم أنه كان مستحقًّا ، وإن لم يظهر حيًّا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال ، كذا في الكافي ، وإذا أوصى له توقف الموصى به إلى أن يحكم بموته فإذا حكم بموته يرد المال الموصى به إلى ورثة الموصي ، كذا في التبيين » .

(مادة ٥٨٠)

إِذَا ادَّعَتْ زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ مَوْتَهُ ، أَوِ ادَّعَاهُ الْوَرَثَةُ ، أَوْ غَيْرُهُمْ مِنْ أَرْبَابِ الْحُقُوقِ ، وَأُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ ، يَجْعَلُ الْقَاضِي الْوَكِيلَ الَّذِي بِيَدِهِ مَالُ الْمَفْقُودِ خَصْمًا عَنْهُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، يُنَصِّب لَهُ قَيِّمًا تُقْبَلُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، لِإِثْبَاتِ دَعْوَى مَوْتِهِ [1] .

* * *

٣٣٣٦ - ومحل انتظار المفقود المدة المتقدمة قبل إذا لم يدع أحد صاحب شأن أنه توفي .

٣٣٣٧ - أما إذا حصل ذلك بأن ادعت زوجته أو ورثته ذلك فالقاضي يسمع هذه الدعوى ، ولكن لما كان الحكم لا بد أن يكون على حاضر فالقاضي يجعل الوكيل الذي بيده مال المفقود خصمًا عنه .

٣٣٣٨ - فإن لم يكن له وكيل ينصب له قيِّمًا تقام عليه الدعوى فيسمعها القاضي ويتحرى عن صدقها بقدر ما في وسعه ، فإن ثبتت لديه بالطريق الشرعي حكم بما تقتضيه .

---

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٧١) .

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الثاني

في المواريث، وفيه أبواب

الباب الأول
في ضوابط عمومية

(مادة ٥٨١)

شُرُوطُ الْمِيرَاثِ ثَلَاثَةٌ :

أَوَّلًا : تَحَقُّقُ مَوْتِ الْمُوَرِّثِ أَوْ إِلْحَاقُهُ بِالْمَوْتَى حُكْمًا .

ثَانِيًا : تَحَقُّقُ حَيَاةِ الْوَارِثِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوَرِّثِ أَوْ إِلْحَاقُهُ بِالأَحْيَاءِ تَقْدِيرًا .

ثَالِثًا : الْعِلْمُ بِالْجِهَةِ الَّتِي بِهَا الإِرْثُ وَبِالدَّرَجَةِ الَّتِي يَجْتَمِعُ فِيهَا الْوَارِثُ وَالْمُوَرِّثُ [1] .

* * *

٣٣٣٩ – اعلم أن هذا العلم كما يسمى بـ « علم الميراث » يسمى بـ « علم الفرائض » أيضًا .

٣٣٤٠ – والفرائض جمع : فريضة ، وهي مأخوذة من : الفَرْض ، والفَرْض له معانٍ في اللغة :

٣٣٤١ – منها التقدير ، كقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [2] . أي : قدَّرتم .

٣٣٤٢ – ومنها : ما يعطى من غير عوض ، تقول العرب : ما أصبت منه فرضًا ولا

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في حاشية أسنى المطالب (٣٨٧/٦) : « وأما شروطه فأربعة أيضًا ، أولها : تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى تقديرًا كجنين انفصل ميتًا في حياة أمه أو بعد موتها بجناية عليها موجبة للغرة ، فيقدر أن الجنين عرض له الموت لتورث عنه الغرة ، أو حكمًا كمفقود حكم القاضي بموته اجتهادًا . وثانيها : تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه ولو بلحظة . وثالثها : معرفة إدلائه للميت بقرابة أو نكاح أو ولاء . ورابعها : معرفة بالجهة المقتضية للإرث تفصيلًا وهذا يختص بالقاضي ، فلا يقبل شهادة الإرث مطلقة بل لابد من بيان الجهة التي اقتضت الإرث منه والدرجة التي اجتمعا فيها » .

قول المالكية : جاء في النفراوي على الفواكه الدواني (٢٤٩/٢) : « وشروطه ثلاثة : فقدم موت المورث ، واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٠٥/٤) : « وشروطه ثلاثة : تحقق حياة الوارث أو إلحاقه بالأحياء ، وتحقق موت المورث أو إلحاقه بالأموات ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » .

(٢) البقرة : ٢٣٧ .

قرضًا . أي : ما أخذت منه شيئًا بغير عوض ولا بعوض .

٣٣٤٣ - ومنها : التبيين ؛ كقوله تعالى : ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ (١) . أي : بينها .

٣٣٤٤ - ومنها : الإنزال ؛ كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِى فَرَضَ عَلَيْكَ ٱلْقُرْءَانَ لَرَآدُّكَ إِلَىٰ مَعَادٍ ﴾ (٢) . أي : أنزله عليك .

٣٣٤٥ - ومنها : الإحلال ، كقوله تعالى : ﴿ مَّا كَانَ عَلَى ٱلنَّبِىِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ ٱللَّهُ لَهُۥ ﴾ (٣) . أي : أحل اللّه له .

٣٣٤٦ - وإنما سمى العلم بقسمة المواريث بـ : « علم الفرائض » ؛ لأن معاني الفرض المتقدمة موجودة فيه ، لما فيه من السهام المقدرة والإعطاء المجرد عن العوض ، وقد أنزل اللّه تعالى فيه القرآن وبين لكل وارث نصيبه وأحله له .

٣٣٤٧ - والعالم بهذا العلم يقال له : فارِض وفَرَضِي (بفتح الفاء والراء) .

٣٣٤٨ - ولهذا العلم : تعريف ، وأركان ، وأسباب ، وشروط ، وموانع ، وحقوق متعلقة بالتركة ، ومستحقون للتركة (٤) . وإليك بيانها :

---

(١) التحريم : ٢ . (٢) القصص : ٨٥ .

(٣) الأحزاب : ٣٨ .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « فى أحكام عامة » :

١) يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضى .

٢) يجب لاستحقاق الإرث تحقيق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ، ويكون الحمل مستحقًّا للارث إذا توافر فيه ما نص عليه فى المادة (٤٣) .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٠) :

١ - يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

٢ - يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ويكون الحمل مستحقًّا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة (٢٣٦) .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٥) الإرث انتقال حتمي لأموال ومنافع وحقوق مالية بوفاة مالكها لمن استحقها .

المادة (٢٦٦) أركان الإرث :

أ - المورث .ب - الوارث .

ج - التركة .

المادة (٢٦٧) أسباب الإرث : الزوجية والقرابة .

=

تعريف علم الميراث

٣٣٤٩ - علم الميراث : هو علم بأصول فقهٍ وحسابٍ تعرف حق كل وارث من التركة .

٣٣٥٠ - ولا شك أن من تلك الأصول الموصوفة بما ذكر معرفة كون الوارث صاحب فرض كالأم والجدة الصحيحة والزوج ، أو عصبة كالابن والأخ الشقيق والعم لأب ، أو صاحب رحم كبنت البنت وبنت الأخ الشقيق ، لأنه لو لم يعرف كل منهم لأعطي غير المستحق ومنع المستحق ، وفي ذلك من الأضرر ما لا يخفى .

٣٣٥١ - ويدخل في تلك الأصول أيضًا الأصول المتعلقة بالمنع من الميراث ، كالقتل واختلاف الدِّين ، بأن يعرف أن القاتل لا يرث المقتول متى كان القتل بغير حق .

٣٣٥٢ - والأصول المتعلقة بالحجب ، وهو منع شخص عن الميراث لوجود من هو أولى منه ، بأن يعرف أن الابن يحجب الأخ الشقيق ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب ، والأب يحجب الجد وهكذا ، لأن الشخص إذا لم يعرف تلك الأصول وعرضت عليه مسألة فيها أشخاص يحجب بعضهم البعض الآخر ، فربما يعطي المحجوب ويمنع الحاجب ، أو يعطي الكل ، وفي هذا من الإجحاف بالحقوق ما لا يخفى .

٣٣٥٣ - وبالتأمل نجد أن هذه الأصول هي العمدة في ذلك ، إذ بدونها لا تعرف الحقوق ، ولذا قالوا : من لا مهارة له بها ، لا يحل له أن يقسم فريضة .

٣٣٥٤ - والحق في التعريف يشمل الإرث وغيره ، كالوصية والدَّيْن وما يجب بالصلح والإقرار .

= المادة (٢٦٨) شروط الإرث :

يشترط لاستحقاق الإرث ما يلي :

أ - موت المورث حقيقة أو حكمًا .

ب - حياة الوارث حين موت مورثه حقيقة أو تقديرًا .

ج - العلم بالجهة المفضية للإرث .

أركان الميراث

٣٣٥٥ - أركان الميراث ثلاثة :

٣٣٥٦ - **أولها** : مورث : وهو من يستحق غيره أن يرث منه .

٣٣٥٧ - **وثانيها** : وارث للمورث : وهو من فيه قوة أخذ التركة أو بعضها لقرابة أو زوجية أو ولاء ، وإن لم يأخذ بالفعل لمانع كالحجب .

٣٣٥٨ - فإذا توفي شخص عن ابن ، وابن ابن ، أخذ الابن كل التركة ولا شيء لابن الابن ، لأنه محجوب بالابن مع أن فيه قوة الأخذ ؛ إذ لولا وجود الابن لأخذ التركة . أو لعدم وجود ركن كالتركة ؛ فإنه إذا توفي شخص وترك أقارب له ، ولكنه لم يترك شيئًا ، كانت الأقارب وارثة له ؛ لأن فيهم قوة الأخذ ؛ وإنما لم يأخذوا لعدم وجود شيء يرثونه .

٣٣٥٩ - **وثالثها** : شيء موروث : فإذا فقدت .

٣٣٦٠ - هذه الأركان فقد الإرث ، وإن وجدت وجد .

أسباب الميراث

٣٣٦١ - أسباب الميراث ثلاثة :

٣٣٦٢ - **الأول** : الزواج الصحيح : ولو بلا وطء ولا خلوة ، فإذا تزوج رجل امرأة بعقد صحيح ومات أحدهما ولو قبل الدخول والخلوة بها ، ورثه الآخر . فإذا كان الزواج فاسدًا ، وهو ما فقد شرطًا من شروط الصحة أو باطلًا كزواج المتعة والزواج المؤقت ، فلا توارث به ولو كان بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة .

٣٣٦٣ - **الثاني** : النسب : أي : القرابة ، ويدخل تحته ثلاثة أنواع:

٣٣٦٤ - أولها : ذوو الفروض : كالأم والبنت والأخ لأم .

٣٣٦٥ - ثانيها : العصبات : كالأخ الشقيق وابنه والعم الشقيق والعم لأب .

٣٣٦٦ - ثالثها : ذوو الأرحام : كالأعمام لأم والعمات مطلقًا والأخوال والخالات مطلقًا .

٣٣٦٧ - **الثالث** : الولاء : سواء كان آتيًا من جهة العتق أو من جهة الموالاة.

٣٣٦٨ - والولاء بالفتح والمد اسم مصدر وهو في اللغة : النصرة والمحبة ، وفي

العرف : قرابة حكمية حاصلة من عتق أو موالاة ، ويدخل فيه الإقرار بولاء العتاقة ، فإنه يُورَثُ به .

شروط الميراث

٣٣٦٩ – شروط الميراث ثلاثة :

٣٣٧٠ – الأول : موت المورث حقيقة أو حكمًا أو تقديرًا .

٣٣٧١ – فالموت الحقيقي ظاهر بأن يشاهد موته لنا .

٣٣٧٢ – والموت الحكمي : بأن يحكم القاضي بموته وهذا في المفقود ، فإذا فقد شخص ولم يعلم مكانه ولا حياته ولا وفاته ، ومضت المدة القانونية وهي تسعون سنة من وقت ولادته ، ولم يظهر له أثر ، حكم القاضي بموته ، وقسمت أمواله على ورثته . وإنما كان هذا موتًا حكميًا ؛ لأنه لا يمكننا أن نحكم عليه بأنه مات حقيقة ؛ إذ من الجائز أن يكون حيًا يرزق ، وإنما موته بحكم الحاكم فقط .

٣٣٧٣ – والموت التقديري : كالجنين الذي ينفصل بجناية على أمه ، فإذا كانت امرأة حاملًا وضربها شخص ، فألقت جنينًا ميتًا ، وجب على الضارب الغرة ، وهي في الشرع خمسمائة درهم ، سواء كان الجنين مذكرًا أو مؤنثًا ، وهذه تكون من ضمن تركته ، وتورث عنه ، فموت الجنين تقديري ؛ لأن الضرب ربما كان قبل نفخ الروح فيه .

٣٣٧٤ – **الثاني** : من الشروط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديرًا .

٣٣٧٥ – فالحياة الحقيقية بأن يشاهد الوارث حيًا حياة مستقرة بعد موت المورث .

٣٣٧٦ – والحياة التقديرية كالحمل ؛ فإنه إذا توفي شخص عن زوجة حامل مثلًا ، اعتبر هذا الحمل من ضمن الورثة مع أن حياته ليست حقيقية ؛ إذ ربما يكون الموت قبل نفخ الروح فيه .

٣٣٧٧ – **الثالث** : من الشروط العلم بجهة إرث الشخص الوارث ؛ بأن يعلم أنه وارث من جهة القرابة أو من جهة الزوجية أو من جهة الولاء ؛ لاختلاف الأحكام في كل ذلك ، فلا بد من العلم بالجهة حتى يتأتى للقاضي الحكم ؛ ولهذا قالوا : إن هذا الشرط يختص بالقضاء .

الحقوق المتعلقة بالتركة

(مادة ٥٨٢)

يَتَعَلَّقُ بِمَالِ الْمَيِّتِ حُقُوقٌ أَرْبَعَةٌ مُقَدَّمٌ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ :

أَوَّلًا : يَبْدَأُ مِنَ التَّرِكَةِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْمَيِّتُ مِنْ حِينِ مَوْتِهِ إِلَى دَفْنِهِ .

ثَانِيًا : قَضَاءُ مَا وَجَبَ فِي الذِّمَّةِ مِنَ الدُّيُونِ مِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ .

ثَالِثًا : تَنْفِيذُ مَا أَوْصَى بِهِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ .

رَابِعًا : قِسْمَةُ الْبَاقِي إِذَا تَعَدَّدَتِ الْوَرَثَةُ الَّذِينَ ثَبَتَ إِرْثُهُمْ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ أَوِ الإِجْمَاعِ ، وَإِلَّا فَالْكُلُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ إِذَا انْفَرَدَ غَيْرُ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ ، فَإِنهُمَا لَا يَرِثَانِ كُلَّ التَّرِكَةِ . هَذَا إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ كَالرَّهْنِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْحُقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِعَيْنِ الْمَالِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ [1] .

* * *

٣٣٧٨ - الأموال التي يتركها المتوفى لا تخلو حالها من أحد أمرين :

٣٣٧٩ - **الأول** : أن يتعلق بها حق غيره حال حياته .

٣٣٨٠ - **الثاني** : ألا يتعلق بها ذلك الحق .

٣٣٨١ - فالأموال الأولى لا تسمى تركة ؛ ولذا كان صاحب الحق المتعلق بها مقدمًا على غيره ولو كان تجهيز المتوفى ، وذلك كالشيء المرهون والمستأجر عند تعجيل الأجرة ، والمبيع المحبوس بالثمن ، والشيء الذي جعل مهرًا .

٣٣٨٢ - فإذا كان الشخص مدينًا لغيره ، ورهن عنده بيتًا مثلًا بالدين ، ومات الراهن ، كان المرتهن أحق بهذا البيت . ومعنى ذلك : أن المرتهن يستوفي دينه أولًا قبل كل شيء من ثمن البيت ؛ لأن حقه متعلق به حال حياة الراهن . فإن وَفَّى ثمنه بدينه فقط فبها ، وإن زاد الثمن عن الدين ، استوفى من الثمن أو لا قدر دينه والباقي يكون تركة للراهن يُفْعَل به ما سيأتي في التركة . وإن نقص الثمن عن الدين ، أخذ كل الثمن ،

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥/٢٢١) : « قسمة التركة وعلى الميت أو له دين أو موصى له وفي ظهور الدين بعد القسمة وفي دعوى الوارث دينًا في التركة أو عينًا من أعيان التركة . وإن أقر أحد الورثة بدين على الميت وجحد الباقون قسمت التركة بينهم ، ويؤمر المقر بقضاء كل الدين من نصيبه عندنا إذا كان نصيبه يفي لكل دين . كذا في فتاوى قاضي خان » .

ورجع بالباقي على التركة .

٣٣٨٣ - فإذا فرض أن الدين كان خمسمائة جنيه ، وثمن البيت هو هذا المبلغ ، أخذ الكل . وإن زاد بأن كان ستمائة مثلًا ، أخذ دينه والمائة الباقية تكون تركة . وإن نقص بأن كان ثمنه أربعمائة مثلًا ، أخذ الكل ورجع بالمائة الباقية له على التركة .

٣٣٨٤ - وإذا آجر شخص لآخر بيتًا عشر سنين مثلًا ، وقبض أجرة تلك المدة معجلًا ، وبعد مضي سنة مثلًا مات المؤجر ، فإن المستأجر في هذه الحالة يكون أحق بالبيت المستأجر من غيره على حسب الطريقة المتقدمة في المرهون ، فله حبسه وعدم تسليمه للورثة حتى يستوفي مقابل ما بقي له من الأجرة التي عجلها لتعلق حقه بالبيت حال حياة المستأجر فيقدم على غيره .

٣٣٨٥ - وإذا اشترى شخص من آخر شيئًا ومات قبل استلامه ، ودفع الثمن ، قدم حق البائع على غيره من كافة الحقوق ؛ لتعلق حقه بالمبيع حال حياة المشتري ، فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن بالطريقة المتقدمة في الشيء المرهون .

٣٣٨٦ - وإذا تزوج رجل امرأة وأمهرها فدانًا من الأرض مثلًا ، ودخل بها، ومات قبل أن تستلمه ، أخذته وليس لأحد حق فيه ؛ لأنها ملكته حال حياته .

٣٣٨٧ - والأموال الثانية : وهي التي لم يتعلق بها حق للغير حال حياة المتوفى ، تسمى : تَرِكة .

٣٣٨٨ - وهي في اللغة : ما يتركه الشخص ويبقيه مطلقًا .

٣٣٨٩ - وفي الاصطلاح : ما يتركه الميت خاليًا من تعلق حق الغير بعينه .

٣٣٩٠ - ويتعلق بها حقوق أربعة مرتبة ، أي : مقدم بعضها على بعض .

٣٣٩١ - الأول : التجهيز : وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين دفنه ، ويخرج من كل ماله بلا إسراف ولا تقتير . فتعلق هذا الحق بالتركة بالتوسط على حسب ما علم وعهد عن الشارع .

٣٣٩٢ - ويكون ذلك في الكفن من حيث العدد ومن حيث القيمة .

٣٣٩٣ - فأما التوسط فيه من حيث العدد ، فهو بأن يكفن بكفن السنة ، وهو بالنسبة للرجل ثلاثة أثواب : إزار ، وقميص ، ولفافة . وبالنسبة للمرأة خمسة أثواب : إزار ، وقميص ، ولفافة ، وخمار ، وخرقة يربط بها ثدياها .

٣٣٩٤ - وأما التوسط فيه من حيث القيمة ؛ فهو بأن يكون من أوسط ثيابه . فإن كان للرجل ثوب يلبسه في الأعياد وآخر يلبسه بين أقرانه وثالث يلبسه في منزله ، يكفن من نوع الثاني ؛ لأنه المتوسط . وأما المرأة فمن نوع ما تلبسه لزيارة أبويها .

٣٣٩٥ - والإسراف فيه نوعان :

٣٣٩٦ - الأول : من حيث العدد بأن يزاد في كفن الرجل على ثلاثة أثواب ، وفي كفن المرأة على خمسة .

٣٣٩٧ - والثاني : من حيث القيمة بأن يكفن فيما قيمته مائة مثلًا وقيمة ما يلبسه في حياته سبعون .

٣٣٩٨ - ومحل ذلك : إذا لم يوص قبل وفاته بأن يكفن في شيء مخصوص، فلو أوصى به تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث . فإن كانت تخرج منه نفذت ، وإن لم تجزها الورثة . وإن كانت تزيد على الثلث ، فإن أجازتها الورثة نفذت أيضًا ، وإن لم تجز نفذ منها بقدر الثلث فقط .

٣٣٩٩ - وكما يبدأ من تركة الميت بصرف كل ما يلزم له ، كذلك يبدأ منها بتجهيز من تلزمه نفقته إذا مات قبله ولو بلحظة ؛ كولده ووالديه وزوجته .

٣٤٠٠ - وإن كان في الزوجة خلاف ، فأبو يوسف يلزم الزوج بتجهيزها ولو كانت غنية ، ومحمد لا يلزمه ولو كانت مُعسِرة والزوج مُوسِرًا . والفتوى على قول أبي يوسف . ومحل الخلاف : إذا لم يقم بها مانع يمنع من الوجوب عليه حالة الموت ؛ كما إذا كانت ناشزة وقته .

٣٤٠١ - **الحق الثاني** : من الحقوق المتعلقة بالتركة قضاء دينه الذي له مطالب من جهة الخلق ، فيخرج من ماله بعد التجهيز .

٣٤٠٢ - والدين في العُرف : وجوب مال في الذمة بدلًا عن شيء آخر . فالزكاة ليست بدين ؛ لأن الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلًا عن شيء آخر .

٣٤٠٣ - والدين الذي عليه : إما أن يكون لشخص واحد ، وإما أن يكون لمتعدد .

٣٤٠٤ - فإن كان الأول ، ووفى ما بقي به ، فبها . وإن لم يف ، فإن شاء الدائن أسقط الباقي عنه ، وإن شاء تركه لدار الجزاء .

٣٤٠٥ - وإن كان لمتعدد ، وكانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها

ديون صحة أو كلها ديون مرض ، وكان في التركة وفاء بالكل ، أخذ كلٌّ دينَه .

٣٤٠٦ - وإن كانت التركة أقل من الديون ، أخذ كل منها بنسبة دينه .

٣٤٠٧ - فإذا فرضنا أن لشخص مائة جنيه ولآخر مائتين ولآخر ثلاثمائة ، ومجموع التركة ستمائة أو أكثر ، أخذ كل جميع دينه ؛ لأنها وافية بالكل . وإن كانت التركة ثلاثمائة جنيه ، قسمت التركة على الديون قسمة تناسبية ؛ فيأخذ كل منهم من التركة بنسبة دينه . وحيث إن التركة نصف مجموع الديون ، فيأخذ كل نصف دينه ، فصاحب المائة يأخذ خمسين ، وصاحب المائتين يأخذ مائة ، والثالث يأخذ مائة وخمسين ، فالمجموع ثلاثمائة ، وهو جميع التركة . ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون ، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم ، فحاصل الضرب هو ما يستحقه ، والعمل هكذا :

٣٠٠ ÷ ٦٠٠ = ١/٢ و ١/٢ × ١٠٠ = ١٠٠/٢ = ٥٠

فهذا هو ما يخص الدائن و ١/٢ × ٢٠٠ = ٢٠٠/٢ = ١٠٠ وهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بمائتين .

١/٢ × ٣٠٠ = ٣٠٠/٢ = ١٥٠ فيُعطى هذا المبلغ للدائن بثلاثمائة

٣٤٠٨ - ومرجع الطريقتين واحد ، فاتبع ما شئت .

٣٤٠٩ - فإن لم تتساو الديون في الحكم ؛ بأن كان بعضها دين صحة والبعض الآخر دين مرض ، فإن كانت التركة تفي بالكل ، أعطي كل دينه . وإن لم تف بالكل ، قدم دين الصحة . فإن بقي شيء أعطى لأصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة .

٣٤١٠ - ودين الصحة : هو ما ثبت بالبينة أو بالإقرار في حال صحته أو في حال مرضه ، لكن علم ثبوته بطريق المعاينة . كالذي وجب بدلًا عن مال ملكه أو استهلكه . ولكنِ الأول دين صحة حقيقة ، والثاني دين صحة حكمًا ، أي : إنهما متساويان في الحكمِ .

٣٤١١ - ودين المرض : هو ما أقر به في مرض موته ، ولم يعلم ثبوته بطريق المعاينة ، أو أقر به عند خروجه للمبارزة أو للقتل قصاصًا . ولكن الأول دين مرض حقيقة ، والثاني دين مرض حكمًا ، فهما في الحكم سواء .

٣٤١٢ - فإن كان الدين للَّه ﷻ كدين زكاة وكفارة وفِدْية وغيرها من الواجب له تعالى : فإما أن يوصي به قبل موته ، أو لا .

٣٤١٣ - فإن لم يوص به ، سقط بالموت عندنا ؛ لأنها عبادة ، والعبادة شرطها الأداء بالنفس ، فإذا مات فات الشرط ، إلا أن يتبرع بها الورثة .

٣٤١٤ - وإن أوصى به قبل وفاته ، اعتبرت وصية ، فلا تنفذ إلا من الثُلث ، إلا إذا أجازها الورثة فإنها تنفذ من الكل .

٣٤١٥ - **الحق الثالث** : من الحقوق المتعلقة بالتركة تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل المال .

٣٤١٦ - فإذا أوصى لرجل بثلث ماله ، وكانت تركته تسعمائة جنيه ، ولكن صرف منها في تجهيزه عشرون جنيهًا ، وكان عليه مائتان وثمانون جنيهًا دينًا ، وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين ، يمنع من ذلك ويعطى ثلث الباقي بعدهما .

٣٤١٧ - ولو أوصى لشخص بمائة جنيه ، وكانت تركته ثلاثمائة ، ولكن جهز بخمسة عشر جنيهًا ، وكان عليه خمسة وثمانون جنيهًا دينًا ، فأراد الموصى له أخذ كل المائة ؛ لأنها ثلث التركة ، وامتنعت الورثة من ذلك ، أُعطى ثلث المائتين الباقيتين بعد التجهيز وقضاء الدين .

٣٤١٨ - ولو فاتته صلاة ، وأوصى بأن يطعم عنه ، فعلى الورثة أن يطعموا عنه من ثلث ما بقي بعدهما ، لكل صلاة نصف صاع من بُرٍّ .

٣٤١٩ - وإن فاته صُوم رمضان بمرض أو سفر ، وتمكن من قضائه بعد برئه أو إقامته ولم يقض حتى مات ، وأوصى بالإطعام، فعلى الورثة أن يطعموا لكل يوم نصف صاع من بُرٍّ .

٣٤٢٠ - ولو حج عنه الوارث بلا وصية ، يرجى من اللّٰه تعالى قبوله .

٣٤٢١ - وإذا اجتمع دين اللّٰه تعالى الموصى به مع الوصية للعباد : فإما أن يفي الثُلث بالكل ، أو لا يفي .

٣٤٢٢ - فإن كان الأول ، نفذ كل من الوصيتين .

٣٤٢٣ - وإن كان الثاني ، قدمت الوصية للعباد أولًا . فإن بقي شيء ، صرف إلى الوصية بحقوق اللّٰه تعالى . وإن لم يبق شيء ، سقطت الوصية بحقوق اللّٰه تعالى .

٣٤٢٤ - فإذا أوصى لشخص بثمانين جنيهًا ، وبأن يطعم عن صومه وصلاته ،

وكانت تركته بعد التجهيز والتكفين ثلاثمائة جنيه ، وكانت المائة التي هي ثلثها تفي بالكل ، نفذت الوصيتان .

٣٤٢٥ – ولو فرض أن ما أوصى به حقًّا للّٰه تعالى يزيد على العشرين الباقية بعد الثمانين الموصى بها لشخص معين ، نفذت الوصية في هذا المقدار فقط . ولو كانت الثمانون ثلث تركته بعد التجهيز والتكفين بأن كانت التركة مائتين وأربعين جنيهًا ، أعطى الموصى به هذا المقدار ، ولا تجبر الورثة على تنفيذ الثانية ؛ لأن الوصية للعباد قد استغرقت الثُلث . وإنما قدم حق العباد على حق اللّٰه تعالى ؛ لأن العبد محتاج واللّٰه هو الغني .

٣٤٢٦ – واعلم أن الوصية : إما أن تكون مطلقة ، أو مقيدة .

٣٤٢٧ – فإن كان الأول فقد اتفقوا على أنها مقدمة على الإرث ؛ كأن يقول : أوصيت لفلان بهذا البيت ، أو : بمائتي جنيه . فقبل أن تأخذ الورثة شيئًا يعطى الموصي به للموصي له ، ويقسم ما سواه على الورثة ، لكن بشرط أن يخرج من ثلث المال . فإن كان أكثر من الثُلث ، أعطي قدر الثُلث فقط ، إلا إذا أجازت الورثة الوصية وهم من أهل التبرع .

٣٤٢٨ – وإن كان الثاني كأن يقول : أوصيت لفلان بثلث مالي ، أو : بربعه . ففيه خلاف ؛ فمن نظر إلى أن قسمة الميراث لا تكون إلا بعد إخراج نصيب الموصى له قال : إنها مقدمة كالمطلقة . ومن نظر إلى أنها شائعة في التركة تزداد بزيادتها وبالعكس قال : لا تقديم فيها أصلًا ، بل الموصى له شريك للورثة . ولكن المعول عليه أنها مقدمة على الإرث مطلقًا ، أي : سواء كانت مطلقة أو مقيدة .

٣٤٢٩ – فقد علمت من ذلك أن الوصية مقدمة على الإرث ومؤخرة عن الدين ، وإن كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الديْن مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [١] . فظاهر هذا أنها مقدمة على الدين لذكرها قبله .

٣٤٣٠ – والجواب عن ذلك : أن السر في تقديمها عليه أنها تشبه الميراث في كونها

(١) النساء : ١٢ .

مأخوذة بلا عوض ، فيشق إخراجها على الورثة ، فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين ، فإن نفوس الورثة مطمئنة إلى أدائه لكونه في مقابلة شيء ، وربما كان الشيء المقابل له موجودًا في التركة ، ففي تقديم ذكرها بعث على أدائها معه وتنبيه على أنها مثله في وجوب الأداء والمسارعة إليه ؛ ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي « أو » . روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال : رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية .

٣٤٣١ - **الحق الرابع** : من الحقوق المتعلقة بالتركة الإرث .

٣٤٣٢ - وهو اصطلاحًا : حق قابل للتجزؤ ، يثبت لمستحقه بعد موتِ من كان له ذلك .

٣٤٣٣ - فحينئذٍ يقسم الباقي بعد الحقوق المتقدمة على الورثة الذين ثبت إرثهم بالكتاب أو السنة أو الإجماع .

٣٤٣٤ - فمن الذين ثبت إرثهم بالكتاب : الزوجان ، كما في الآية المتقدمة : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ (١) .

٣٤٣٥ - والذين ثبت إرثهم بالسنة : الجَدات ، لقوله ﷺ : « **أطعموا الجدات السدس** » (٢) .

٣٤٣٦ - ومن الذين ثبت إرثهم بالإجماع : الجد ؛ فإنهم أجمعوا على أنه قائم مقام الأب عند عدمه . وابن الابن ؛ فإنهم أجمعوا أيضًا على أنه قائم مقام الابن عند عدمه . وبنت الابن ؛ فإنها قائمة مقام البنت الصلبية عند عدمها بالإجماع .

٣٤٣٧ - ومحل القسمة : إذا تعددت الورثة ، فإن كُلًّا يأخذ حقه من التركة ؛ كما إذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وزوجة وأخ شقيق ، فالبنت تأخذ النصف ، وبنت الابن تأخذ السدس ، والزوجة تأخذ الثمن ، والأخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب .

٣٤٣٨ - فإذا كان الموجود من الورثة واحدًا فقط : فإما أن يكون غير الزوج والزوجة ، أو واحدًا منهما .

٣٤٣٩ - فإن كان غيرهما ، استحق الكل ؛ لأنه إن كان عصبة كالابن أو الأخ

(١) النساء : ١٢ .

(٢) سنن الدارمي (كتاب : الفرائض / باب : في الجدات / ٢٩٣٣) بلفظ : « أطعم جدة سُدسًا » .

الشقيق أو الأخ لأب أخذ الكل بطريق التعصيب ، وإن كان صاحب فرض كالبنت والأخت والأم أخذ بعض التركة بطريق الفرض والبعض الآخر بطريق الرد .

٣٤٤٠ - وإن كان أحد الزوجين أخذ فرضه فقط ؛ لأنه وإن كان صاحب فرض مثل الأخت والأم ، ولكن لا يرد عليهما ما بقي من التركة فلا يستحق الكل .

٣٤٤١ - وإنما قدمت الحقوق المتعلقة بالمال حال الحياة على غيرها ؛ لتقديمها عليه حال حياة الشخص فكذا بعد وفاته ؛ لأن حالة الوفاة معتبرة بحالة الحياة ، فكما أن المرتهن أحق من الراهن بالرهن حال حياته ، يكون أحق به بعد وفاته ، خصوصًا وأن هذا المال ليس بتركة للمتوفى كما عرفته مما تقدم .

٣٤٤٢ - وإنما رتبت الحقوق الأربعة المتعلقة بالتركة الترتيب المتقدم ؛ لما ستعرفه . فقدم التجهيز على قضاء الديون ؛ لأنه بعد وفاته كالنفقة عليه حال حياته ؛ إذ منه الكفن وهو كاللباس حال الحياة ، وإذا أريد قضاء دين شخص حال حياته من أمواله ، تركت له نفقته ونفقة من تلزمه أولًا ، وسدد دينه من الباقي ، فكذلك يقدم بعد الوفاة على قضاء الديون ما هو كالنفقة .

٣٤٤٣ - وقدم قضاء الديون على تنفيذ الوصية ؛ لأن الدَّين مستحق بعِوض والوصية بغير عِوض ، ولا شك أن الأول أقوى ، وربما كان العِوض الذي في مقابلة هذا الدَّين موجودًا في التركة ، فقدم قضاؤه على الوصية .

٣٤٤٤ - وقدمت الوصية بالثلث على الإرث ؛ لأننا لو قدمنا الإرث عليها لم يبق شيء للموصى له ؛ إذ الورثة يقتسمون التركة بينهم ، فتقديمها على الإرث ضروري ، وحينئذٍ لم يبق للإرث مرتبة إلا الرابعة [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٤) يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

(أولًا) مايكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانيًا) ديون الميت .

(ثالثًا) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويوزع مابقي بعد ذلك على الورثة ، فإذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتى :

(أولًا) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

(ثانيًا) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة . =

....

= جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٢) : ١ - يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي :
أ - ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .
ب - ديون الميت . جـ - الوصية الواجبة .
د - الوصية الاختيارية . هـ - المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون .
٢ - إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتي :
أ - استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .
ب - ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
٣ - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٣) التركة ما يتركه المتوفى من أموال ومنافع وحقوق مالية .
المادة (٢٦٤) تتعلق بالتركة حقوق مقدم بعضها على بعض حسب الترتيب التالي :
أ - نفقات تجهيز المتوفى بالمعروف . ب - قضاء ديون المتوفى .
ج - تنفيذ الوصية . د - إعطاء الباقي من التركة إلى الورثة .
(١٢) في أسباب الإرث وأنواعه . أسباب الإرث :
الزوجية والقرابة والعصوبة السببية .
يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .
ويكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما معًا ، أو بالرحم مع مراعاة قواعد الحجب والرد .
فإذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معًا مع مراعاة أحكام المادتين (١٤) و (٣٧) .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٣) يتم ترتيب المستحقين للتركة على الوجه الآتي :
أ - أصحاب الفروض . ب - العصبات .
ج - الرد على أصحاب الفروض من غير الزوجين . د - ذوي الأرحام .
هـ - الرد على أحد الزوجين . و - المقر له بنسب محمول على الغير .
ز - الموصى له بما زاد عن الحد ، الذي تنفذ فيه الوصية . ح - بيت المال .
المادة (٣١٩) أ - إذا أقر المتوفى ، حال حياته ، بالنسب على نفسه ، فلا يتعدى إقراره إلى الورثة ، ما لم يستوف الإقرار شروط صحته .
ب - إذا أقر المتوفى بنسب على غيره ، ولم يثبت بغير الإقرار وفقًا لأحكام هذا القانون ولم يرجع عن إقراره ، فيستحق المقر له تركة المقر ما لم يكن له وارث .
ج - إذا أقر بعض الورثة لآخر ، بالنسب على مورثهم ، ولم يثبت النسب بغير هذا الإقرار ، فيأخذ المقر له نصيبه من المقر ، دون سواه ما لم يكن محجوبًا .
(١٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « (٨) في الإرث بالفرض : الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ، ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم :
=

....

= الأب ، الجد الصحيح وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأبي الأم ، الجدة الصحيحه وإن علت .

(٩) مع مراعاة حكم المادة (٢١) : للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل . والجد الصحيح هو الذى لا دخل فى نسبته إلى الميت أنثى . وله فرض السدس على الوجه المبين في الفقرة السابقة .

(١٠) لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء . وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقه أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعًا على الوجه المتقدم .

(١١) للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العِدَّة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائنًا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عِدَّته .

(١٢) مع مراعاة حكم المادة (١٩) :

(أ) للواحدة من البنات فرض النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .

(١٣) مع مراعاة حكم المادتين (١٩) و(٢٠) :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللاثنتين فأكثرالثلثان .

(ب) وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة .

(١٤) للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين أو أكثر من الإخوة والأخوات . ولها الثلث فى غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أمُّ أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت .

وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

(١٥) إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبائهم في الإرث .

(١٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « في الإرث بالتعصيب إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب .

والعصبة من النسب ثلاثة أنواع : (١) عصبة بالنفس .

(٢) عصبة بالغير . (٣) عصبة مع الغير .

(١٧) للعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

(١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .

(٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . =

(مادة ٥٨٣)

المستحقونَ لِلتَّرِكَةِ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ مُقَدَّمٌ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ كَالتَّرْتِيبِ الآتِي :

الأَوَّلُ : صَاحِبُ الْفَرْضِ ، وَهُوَ مَنْ فُرِضَ لَهُ سَهْمٌ فِي الْقُرْآنِ الْعَزِيزِ أَوِ السُّنَّةِ أَوِ الإِجْمَاعِ .

الثَّانِي : الْعَصَبَةُ مِنَ النَّسَبِ ، وَهُوَ : مَنْ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ الْفَرْضِ أَوِ الْكُلَّ

= (٣) الأخوة ، وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبناء الأخ لأبوين وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

(٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

(١٨) إذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة كان التقديم بالقوة .

فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

(١٩) العصبة بالغير هن :

(١) البنات مع الأبناء .

(٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهن مطلقًا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك .

(٣) الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب .

ويكون الإرث بينهم فى هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

(٢٠) العصبة مع الغير هن :

الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرن بالنسبة لباقي العصبات كالإخوة لأبوين أو لأب ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة .

(٢١) إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضًا والباقي بطريق التعصيب .

(٢٢) إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان :

الأولى : أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورًا فقط أو ذكورًا وإناثًا أو إناثًا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث .

الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبًا من الإخوة أو الأخوات لأب .

عِنْدَ صَاحِبِ الْفَرْضِ .

الثَّالِثُ : الْعَصَبَةُ السَّبَبِيَّةُ ، وَهُوَ : مَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَهِيَ عُصُوبَةٌ سَبَبُهَا نِعْمَةُ الْمُعْتِقِ .

الرَّابِعُ : عَصَبَتُه بِأَنْفُسِهِمِ عَلَى التَّرْتِيبِ ، وَالْمُعْتَقُ لَا يَرِثُ مِنْ مُعْتِقِهِ .

الْخَامِسُ : الرَّدُّ عَلَى ذَوِي الْفُرُوضِ النَّسَبِيَّةِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ .

السَّادِسُ : ذَوُو الأَرْحَامِ عِنْدَ عَدَمِ الرَّدِّ عَلَى ذَوِي الْفُرُوضِ ، وَذَوُو الرَّحِمِ : هُمُ الَّذِينَ لَهُمْ قَرَابَةٌ لِلْمَيِّتِ وَلَيْسُوا بِعَصَبَةٍ وَلَا ذَوِي سَهْمٍ .

السَّابِعُ : مَوْلَى الْمُوَالَاةِ ، وَهُوَ : كُلُّ شَخْصٍ وَالَاهُ آخَرُ بِشَرْطِ كَوْنِ الأَدْنَى حُرًّا غَيْرَ عَرَبِيٍّ وَلَا مُعْتَقًا لِعَرَبِيٍّ وَلَا لَهُ وَارِثٌ نَسَبِيٌّ وَلَا عَقْلَ عَنْهُ بِبَيْتِ الْمَالِ أَوْ مَوْلَى مُوَالَاة آخَرَ ؛ وَكَوْنُهُ مَجْهُولَ النَّسَبِ بِأَنْ قَالَ : أَنْتَ مَوْلَايَ تَرِثُنِي إِذَا مِتُّ وَتَعْقِلُ عَنِّي إِذَا جَنَيْتُ . وَقَالَ الآخَرَ وَهُوَ حُرٌّ مُكَلَّفٌ : قَبِلْتُ . فَيَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ وَيَصِيرُ الْقَابِلُ وَارِثًا . وَإِذَا كَانَ الآخَرُ أَيْضًا مَجْهُولَ النَّسَبِ إِلَى آخِرِ شُرُوطِ الأَدْنَى ، وَقَالَ لِلأَوَّلِ مِثْلَ ذَلِكَ وَقَبِلَهُ وَرِثَ كُلٌّ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَعَقَلَ عَنْهُ ، فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ وَأَحَدَ الزَّوْجَيْنِ فَالْبَاقِي مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ نَصِيبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لَهُ.

الثَّامِنُ : الْمُقَرُّ لَهُ بِالنَّسَبِ ، وَهُوَ : مَنْ أَقَرَّ لَهُ شَخْصٌ أَنَّهُ أَخُوهُ أَوْ عَمُّهُ بِحَيْثُ لَمْ يَثْبُتْ بِإِقْرَارِهِ نَسَبُهُ مِنْ أَبِي الْمُقِرِّ وَإِنْ يُصِرَّ الْمُقِرُّ عَلَى ذَلِكَ الإِقْرَارِ إِلَى حِينِ مَوْتِهِ ، فَإِن لَمْ يَكُنْ لِلْمُقِرِّ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ غَيْرُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَمَاتَ وَتَرَكَ الْمُقَرُّ لَهُ بِالنَّسَبِ الْمَذْكُورِ فَمَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ نَصِيبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَهُوَ لَهُ .

التَّاسِعُ : الْمُوصَى لَهُ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، وَهُوَ : مَنْ أَوْصَى لَهُ شَخْصٌ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ لَا وَارِثَ لَهُ أَصْلًا ، فَلَهُ بَاقِي التَّرِكَةِ بَعْدَ نَصِيبِ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ أَوْ كُلُّهَا .

الْعَاشِرُ : بَيْتُ الْمَالِ يُوضَعُ فِيهِ الْمَالُ الَّذِي لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ مِمَّنْ ذُكِرَ بِطَرِيقِ الْحِفْظِ وَيُصْرَفُ فِي مَصَارِفِهِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٥٥٧/٨) : « وأما ما يستحق به الإرث وما يحرم به فنقول : ما يستحق به الإرث شيئان : النسب والسبب فالنسب على ثلاثة أنواع المنتسبون إليه وهم : الأولاد والمنتسب هو إليهم وهم الآباء والأمهات ، والسبب وهم : الأخوات والأعمام والعمات وغير ذلك ، والسبب ضربان : زوجية وولاء ، والولاء نوعان : ولاء عتاقة وولاء الموالاة ، وفي النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى هذا بيان جملة ما يستحق به الإرث . جئنا إلى بيان ما يحرم به الإرث فنقول : =

٣٤٤٥ - وبعد التجهيز وقضاء الدين وتنفيذ الوصية من الثلث إذا كانت لأجنبي ولم تجز الورثة ، يعطى الباقي للمستحقين ، إلا أنهم ليسوا في مرتبة واحدة ، بل بعضهم أولى من البعض الآخر عند الاجتماع . وهم عشرة :

٣٤٤٦ - **الأول : صاحب الفرض** : وهو من فرض له سهم في القرآن العزيز أو السنة أو الإجماع .

٣٤٤٧ - وقد عرفت كُلًّا منهم مما تقدم .

٣٤٤٨ - وأصحاب الفروض اثنا عشر ؛ أربعة من الذكور وهم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج . وثمانية من الإناث وهن : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة الصحيحة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والزوجة .

٣٤٤٩ - فالموجود منهم يأخذ فرضه أولًا ، وما بقي أخذه العاصب النسبي . فإن لم يبق شيء من فروضهم فلا شيء له .

٣٤٥٠ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وأم وأخ شقيق ، كان للبنت في هذه المسألة النصف ولبنت الابن السدس وللأم السدس أيضًا والباقي وهو السدس للأخ الشقيق .

= ما يحرم به من الميراث ؛ الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتي شيء من ذلك بعدها ، واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتي أيضًا ، والقتل مباشرة بغير حق ففي القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء : أحدها : المباشرة سواء كانت عمدًا أو خطأً حتى إن من تسبب إلى قتل مورثه بأن صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئرًا على حافة الطريق فوقع فيها مورثه ومات لا يحرم من الميراث . الثاني : أن يكون القتل بغير حق ، والقتل بحق لا يوجب حرمان الإرث ، ألا ترى أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفعًا لصيالته لا يوجب حرمان الميراث . الثالث : أن يكون المباشر مخاطبًا حتى إن الصبي والمجنون إذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث ، وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الميراث ؛ لأن الميراث إنما يستحق بالنصرة ، ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم في أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات في دار الإسلام وله ابن مسلم في دار الهند أو الترك يرث .

وفي الكافي : ثم اختلاف الدارين على نوعين حقيقي كالحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الإسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحربي وكذا لو مات ذمي في دار الإسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فإنه لا يرث ذلك الحربي من ذلك الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي حتى ولو مات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث ، وهذا إذا كان الدين مستغرقًا للتركة ، أما إذا لم يكن مستغرقًا فالقياس أن لا يوجد حرمان الإرث وفي الاستحسان لا يوجب ، وقد قيل : البعد سبب لحرمان الميراث أيضًا حتى لا يرث البعيد من القريب ؛ إذ لو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال » .

٣٤٥١ - وإذا توفيت الزوجة عن زوج وأخت لأب وابن أخ شقيق، كان للزوج في هذه المسألة النصف وللأخت لأب النصف أيضًا وحيث إن فرضهما استغرق التركة فلا شيء لابن الأخ الشقيق .

٣٤٥٢ - **الثاني من المستحقين للتركة : العاصب بنفسه من النسب** : وهو من يأخذ ما بقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم ، أو يأخذ الكل عند عدم أصحاب الفروض .

٣٤٥٣ - فإذا توفي شخص وترك عاصبًا بنفسه نسبيًا : فإما أن يكون معه أصحاب فروض ، أو لا . فإن كان معه أصحاب فروض : فإما أن تكون فروضهم غير مستغرقة للتركة ، أو مستغرقة لها .

٣٤٥٤ - فإن كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة ، أخذ الباقي . وإن كانت فروضهم مستغرقة للتركة ، فلا شيء له .

٣٤٥٥ - وإن لم يكن معه أصحاب فروض ، أخذ الكل .

٣٤٥٦ - فإذا توفي شخص ولم يترك إلا ابنًا أو أخًا شقيقًا أو ابن أخ لأب ، أخذ الموجود منهم الكل بطريق التعصيب .

٣٤٥٧ - والعاصب بنفسه النسبي ينحصر في أربع جهات : البنوة، والأبوة ، والأخوة ، والعمومة .

٣٤٥٨ - فالبنوة تشمل : الابن ، وابن الابن وإن سفل .

٣٤٥٩ - والأبوة تشمل : الأب ، والجد الصحيح وإن علا .

٣٤٦٠ - والأخوة تشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

٣٤٦١ - والعمومة تشمل : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم لأب وإن نزل كل منهما .

٣٤٦٢ - فهؤلاء هم العصبات النسبية .

٣٤٦٣ - وليسوا في الاستحقاق سواء ، بل هم مرتبون بالترتيب الذي سيلقي عليك . فيقدم أولًا بالجهة ، وثانيًا بالدرجة ، وثالثًا بالقوة . فإن اتفقوا فيها ، استووا في الاستحقاق .

٣٤٦٤ - فجهة البنوة وإن نزلت مقدمة على جهة الأبوة ، وهذه مقدمة على جِهة

الأخوة ، وهذه مقدمة على جهة العمومة .

٣٤٦٥ - فإن وجد شخصان من جهة واحدة ، كالابن وابن الابن قُدِّم الابن ؛ لأنه أقرب درجة .

٣٤٦٦ - وإن وجد شخصان متحدان في الجهة والدرجة ، قدم الأقوى كأخ شقيق وأخ لأب فيحجب الأولُ الثاني .

٣٤٦٧ - فإن استووا في الكل ، استووا في الاستحقاق كابنين أو أخوين شقيقين أو لأب ، وسيظهر ذلك بما لا مزيد عليه في الإرث بالتعصيب .

٣٤٦٨ - وإنما قدمت أصحاب الفروض على العصبات النسبية ؛ لقوله ﷺ : « **ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقته الفرائض فلأولى رجل ذكر** » (١) .

٣٤٦٩ - ولأن أصحاب الفروض إنما قدرت لهم تلك السهام بلا تعرض لغيرهم ؛ ليأخذوها من التركة ابتداء ، فإن بقي شيء يأخذه غيرهم .

٣٤٧٠ - ولأن في تقديم العاصب النسبي حرمان أصحاب الفروض ؛ إذ ليس له شيء مقدر ، بل يأخذ الكل بطريق العصوبة ، فلو بدأنا به لم يبق شيء لأصحاب الفروض .

٣٤٧١ - ومحل تقديم أصحاب الفروض على العاصب النسبي : إذا لم يكن صاحب الفرض محجوبًا به ، وإلا فلا يأخذ شيئًا .

٣٤٧٢ - فإذا توفي شخص عن بنت وأم وأخ لأب ، أخذت البنت فرضها وهو النصف ، وأخذت الأم السدس والباقي للأخ للأب . فكل من البنت والأم أخذ فرضه ؛ لأنهما ليستا محجوبتين بالأخ .

٣٤٧٣ - أما إذا توفي شخص عن أخت شقيقة وابن أو عن أخت لأب وجد ، فالابن يأخذ كل المال في الصورة الأولى ولا شيء للأخت الشقيقة معه ؛ لأنها محجوبة به وإن كانت صاحبة فرض . والجد يأخذ كل المال في الصورة الثانية ، ولا شيء للأخت للأب معه ؛ لأنها محجوبة به وإن كانت صاحبة فرض . ولا يمكنك أن تقف على هذا الموضوع تمام الوقوف إلا بعد معرفة الحجب .

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : الفرائض / باب : ميراث الولد من أبيه وأمه / ٦٧٣٢) ، وصحيح مسلم (كتاب : الفرائض / باب : ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر / ١٦١٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : في ميراث العصبة / ٢٠٩٨) .

٣٤٧٤ - **الثالث من المستحقين للتركة : العصبة السببية** : وهو مولى العتاقة ؛ وهو : من كان سببًا لثبوت قوة حكمية للرقيق يرفع بها عن نفسه يد الاستيلاء والتملك ، ويصير بها أهلًا للولاية والشهادة والمالكية .

٣٤٧٥ - فعند عدم العصبة النسبية يعطى للعصبة السببية ، وإنما كان العاصب السابق عاصبًا نسبيًّا وهذا عاصب سببي ؛ لأن عصوبة الابن والأب مثلًا آتية من جهة النسب ، وعصوبة المعتق آتية من جهة السبب وهو العِتق ، والعاصب النسبي بنفسه لا يكون إلا مذكرًا ، بخلاف العاصب السببي فإنه عبارة عن الشخص المعتق ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا .

٣٤٧٦ - والولاية ثابتة للمعتق على عتيقه ، سواء كان العتق اختياريًّا أو اضطراريًّا ؛ فالاختياري أن يعتق عليه بلفظ أعتاق أو فرعه كتدبير واستيلاد أو بشرائه ذا رحم محرم منه . والاضطراري بأن يرث ذا رحم محرم منه فيعتق عليه ، فإن الإرث اضطراري ، وحيث إنه دخل في ملكه به عُتِق عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **من ملك ذا رحم محرم منه ، عتق عليه وولاؤه له** » (١) .

٣٤٧٧ - فإذا توفي شخص وترك أصحاب فروض وعاصبًا نسبيًّا وعاصبًا سببيًّا ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم ، وإن بقي شيء من التركة أخذه العاصب النسبي ، ولا شيء للعاصب السببي ؛ لأنه متأخر عنه .

٣٤٧٨ - فإذا لم يكن هناك عاصب نسبي ، أخذ العاصب السببي ما أبقته أصحاب الفرائض .

٣٤٧٩ - وكذا إذا توفي شخص ولم يترك أصحاب فروض ولا عاصبًا نسبيًّا وترك عاصبًا سببيًّا ، أخذ كل التركة .

٣٤٨٠ - **الرابع من المستحقين للتركة** : عصبة العاصب السببي بأنفسهم .

٣٤٨١ - ولا يكونون إلا من الذكور ، وهم منحصرون في أربع جهات :

٣٤٨٢ - **الأولى** : **بنوة المعتق** : وتشمل : ابنه ، وابن ابنه وإن سفل .

٣٤٨٣ - **الثانية** : **أبوته** : وتشمل : أب المعتق ، وجده الصحيح وإن علا .

٣٤٨٤ - **الثالثة** : **أخوة المعتق** : وتشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

---

(١) سبق تخريجه .

٣٤٨٥ – **الرابعة : عمومة المعتق** : وتشمل : عمه الشقيق ، وعمه لأبيه ، وابن عمه الشقيق ، وابن عمه لأبيه وإن نزل كل منهما .

٣٤٨٦ – وترتيبهم في الاستحقاق يكون كترتيبهم في الجهات المتقدمة ؛ فبنوة المعتق مقدمة على أبوته ، وأبوته مقدمة على أخوته ، وأخوته مقدمة على عمومته . ويسمى هذا التقديم تقديمًا بالجهة . وقس التقديم بالدرجة وبالقوة على ما تقدم لك في إرث العصبات النسبية .

٣٤٨٧ – فإذا توفي شخص وترك أصحاب فروض وعاصبًا نسبيًا وعاصبًا سببيًا وعصبة العاصب السببي ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم أولًا ، وإن بقي شيء أخذه العاصب النسبي ، ولا شيء للعاصب السببي ؛ لأنه مؤخر عن العاصب النسبي ، ولا لعصبته ؛ لأنها مؤخرة عنه ، فإذا لم يستحق هو فمن باب أولى من هو مؤخر عنه .

٣٤٨٨ – فإذا لم يترك إلا أصحاب فروض وعصبة العاصب السببي ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم والعصبة تأخذ الباقي .

٣٤٨٩ – فإذا توفي الزوج عن زوجته وبنته وابن معتقه مثلًا ، أخذت الزوجة فرضها وهو الثمن في هذه الحالة والبنت النصف والباقي يأخذه ابن المعتق .

٣٤٩٠ – وإنما قدم العاصب النسبي على السببي ؛ لأنه أقوى منه ، إذ عصوبته آتية من جهة النسب فهي أقوى مما هي آتية من جهة السبب . وقدم العاصب السببي على عصبته ؛ لأنها ما انتسبت إلى المعتَق بفتح التاء إلا بالمعتِق بكسرها فهو الواسطة ، والقاعدة : أن كل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة ؛ إلا أولاد الأم ، فإنهم ينتسبون بها ، ومع ذلك لا تحجبهم ، وستعرف كل ذلك معرفة تامة في الحجب إن شاء الله تعالى .

٣٤٩١ – فإذا عدم المعتق وعصبته ، وكان للمعتَق معتِق ، استحق كل المال أو ما أبقته أصحاب الفرائض . فإن لم يوجد فعصبته بأنفسهم على الترتيب الذي عرفته في عصبة المعتق .

٣٤٩٢ – **الخامس : ذوو الرد** ؛ فيرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم ، فالرد عليهم لا يكون إلا عند عدم العصبات ، سواء كانت نسبية أو سببية ؛ إذ لو وجد عاصب مطلقًا أخذ ما أبقته أصحاب الفرائض ، ولا يتأتى أيضًا إلا إذا كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة ؛ لأن الفروض لو استغرقتها ، لم يبق شيء حتى يرد عليهم .

٣٤٩٣ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وأخ لأم ، أخذ الزوج النصف والأم الثُلث والأخ لأم السدس ، وهذه الفروض مستغرقة للتركة ، فلا رد حينئذٍ .

٣٤٩٤ - وإذا توفي شخص عن أم وأخ لأم ، أخذت الأم الثلث والأخ لأم السدس ، وهذان الفرضان عبارة عن النصف فلم تستغرق الفروض التركة ، فيرد النصف الباقي عليهما بقدر استحقاقهما . وحيث إن الأم تستحق مثلي ما يستحق الأخ لأم ، فيرد الباقي عليهما أثلاثًا ، فتأخذ الأم ثلثي النصف وهو عبارة عن الثلث ، ويأخذ الأخ لأم ثلث النصف ، وهو عبارة عن السدس ، وحينئذٍ تجعل المسألة من ثلاثة للأم اثنان منها فرضًا وردًا وللأخ لأم واحد فرضًا وردًا أيضًا ، فالأم أخذت الثلث بالفرض ومثله بالرد والأخ لأم أخذ السدس فرضًا ومثله ردًا .

٣٤٩٥ - ثم إنه لا يرد على كل أصحاب الفروض ، بل بعضهم .

٣٤٩٦ - وذلك أنهم ينقسمون قسمين : أصحاب فروض نسبية ، وأصحاب فروض سببية . فأصحاب الفروض النسبية : الأب ، والجد الصحيح ، والأخ لأم ، والبنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم . وأصحاب الفروض السببية : الزوجان .

٣٤٩٧ - فالقسم الأول يرد عليه ما بقي من التركة بعد الفروض إن لم يكن فيهم عصبة ، فإن كان وهما الأب والجد ، أخذ كل منهما الباقي بطريق التعصيب لا الرد .

٣٤٩٨ - والثاني لا يرد عليه ، فليس له في التركة إلا فرضه ، وإن لم يوجد عاصب .

٣٤٩٩ - وإنما سمي الأول صاحب فرض نَسبي والثاني صاحب فرض سببي ؛ لأن كل أفراد القسم الأول استحقوا الفروض من جهة النسب ، أي : القرابة ، بخلاف الزوجين ، فإنهما استحقا الفرض بجهة السبب وهو الزوجية .

٣٥٠٠ - وإنما رد على أصحاب الفروض النسبية لا السببية ؛ لأن قرابة أفراد القسم الأول باقية بعد الموت بخلاف السبب الذي هو الزوجية ، فإنه انقطع بالموت .

٣٥٠١ - **السادس من المستحقين للتركة : ذوو الأرحام** : وهم الذين لهم قرابة للميت وليسوا بعصبة ولا ذوي فرض .

٣٥٠٢ - وحيث قد عرفت مما تقدم أصحاب الفروض والعصبات، تعرف أن كل من كان قريبًا للميت وليس واحدًا منهما فهو من ذوي الأرحام ، كابن البنت وبنت البنت وأبي الأم وابن الأخت . وستعرف جميعهم عند كيفية توريثهم إن شاء اللّٰه تعالى .

٣٥٠٣ - فإذا توفي شخص ، ولم يترك أصحاب فروض نسبية ولا عصبة ، وكان له ذوو أرحام أخذوا تركته . وكذلك إذا ترك صاحب فرض سببي . كما إذا ماتت الزوجة عن زوجها وابن بنتها ، أخذ الزوج فرضه وهو النصف والباقي لابن البنت ؛ لأن الزوج من أصحاب الفروض السببية ، فلا يرد عليه شيء بعد أخذ فرضه ، بخلاف ما إذا كان الموجود من الوارثين صاحب فرض نسبي ، فإنه يأخذ فرضه ويرد عليه الباقي ، وبخلاف ما إذا ترك عاصبًا ، سواء كان نسبيًا أو سببيًا مع ذي الرحم ، فإنه لا يأخذ شيئًا ؛ لأن العاصب يستحق الكل بطريق التعصيب وهو مقدم على ذوي الأرحام .

٣٥٠٤ - **السابع من المستحقين للتركة : مولى الموالاة** : وهو الذي قبل موالاة الميت حين قال له : أنت مولاي ، ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت . فالشخص المُوَالي بكسر اللام يقال له : الأدنى ، والمُوَالَى - بفتحها - يقال له : الأعلى .

٣٥٠٥ - ويشترط في الأدنى ستة شروط :

٣٥٠٦ - **الأول** : أن يكون حرًا ؛ لأنه لو كان رقيقًا فليس له أن يوالي غير سيده ؛ إذ هو وكسبه ملك له فليس له أن يوالي غيره .

٣٥٠٧ - **الثاني** : أن يكون غير عربي ؛ لأنه لو كان عربيًا ، كان معروف النسب ، ومتى كان معروف النسب فليس له أن يوالي غير آبائه .

٣٥٠٨ - **الثالث** : ألا يكون معتقًا ، إذ لو كان أصله رقيقًا وأعتق كان ولاؤه لمن أعتقه ولعصبته ، فليس له أن يعطي هذا الولاء إلى غيرهم .

٣٥٠٩ - **الرابع** : ألا يكون له وارث نسبي بأن لم يكن له ابن أو أخ أو بنت مثلًا ؛ إذ لو كان له وارث فليس له أن يورث غيره مع وجوده .

٣٥١٠ - **الخامس** : ألا يكون بيت المال عقل عنه ، فإن حصل ذلك ؛ كما إذا جنى جناية ولا مال عنده فدفع بيت المال ما لزمه من تلك الجناية ، صار وليه، فليس له أن يخرج نفسه من ولايته ويولي غيره .

٣٥١١ - **السادس** : ألا يكون عقل عنه مولى موالاة آخر ، فإن حصل ذلك بأن والى شخص غيره وجنى جناية ، فدفع الموالَى بفتح اللام - بفتح اللام - ما لزم الموالي - بكسر اللام - من تلك الجناية ، فليس له أن يخرج نفسه من موالاة الأول إلى موالاة غيره ؛ لأن حقه تأكد بالعقل .

٣٥١٢ - فمتى حصل عقد بالكيفية المتقدمة ، وتوفرت الشروط في الموالي - بكسر

اللام - ، ثبتت الولاية عليه للموالَى - بفتحها - ، وصار وارثًا له عند عدم من ذكر قبله من المستحقين .

٣٥١٣ - وإذا فرض أن الموالى - بفتح اللام - توفرت فيه الشروط المتقدمة ، ووالى الآخر صح ، وصار كل منهما وليًا للآخر ، يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى . فعقد الموالاة كما يصح من جانب واحد ، يصح من الجانبين متى توفرت الشروط في كل منهما .

٣٥١٤ - واستحقاقه ثبت بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (١) . وقد كان التوارث بالموالاة في ابتداء قدومه عليه الصلاة والسلام المدينة مع وجود ذوي الأرحام ، ثم نسخ بآية : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ (٢) . فأخر التوارث به عنهم ولم يهمل لحديث : « **المسلمون عند شروطهم فيما أحل** » (٣) . وتقوم عصبة مولَى الموالاة مقامه عند عدمه ، وترتيبها كترتيب عصبة المعتق .

٣٥١٥ - فإذا توفي شخص وترك صاحب فرض نسبي أو عصبة أو ذا رحم ، فلا يأخذ مولَى الموالاة شيئًا ؛ لأن صاحب الفرض النسبي يأخذ كل التركة فرضًا وردًا ، والعاصب يستحق الكل بطريق العصوبة ، وذو الرحم يستحق الكل .

٣٥١٦ - وأما إذا ترك صاحب فرض سببي ومولى موالاة ، أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي يأخذه مولى الموالاة .

٣٥١٧ - وكذا إذا مات شخص ولم يترك صاحب فرض أصلًا ولا عاصبًا مطلقًا ولا ذا رحم وترك مولى موالاة أو عصبته ، أخذ هو أو عصبته كل التركة .

٣٥١٨ - **الثامن من المستحقين للتركة : المقَرُّ له بالنسب** : ولكن لابد فيه من قيود أربعة :

٣٥١٩ - **الأول** : أن يكون مجهول النسب ؛ إذ لو كان معروفه لم يصح هذا الإقرار أصلًا .

٣٥٢٠ - **الثاني** : أن يكون محمولًا على غيره ، كأن يقول المُقِرُّ : هذا ابن أبي . أي : أخي . أو : هذا ابن ابني ، أو : عمي (مثلًا) . فإن هذا الإقرار يتضمن حمل النسب

---

(١) النساء : ٣٣ . (٢) الأنفال : ٧٥ .

(٣) المعجم الكبير (٤٤٠٤) .

على الغير ، وهو الأب في المثال الأول والابن في المثال الثاني والجد في المثال الثالث ، وهو غير صحيح في حق ذلك الغير ، ويصح في حق نفسه فتلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث .

٣٥٢١ - فإذا لم يكن النسب محمولًا على غيره ، بل على نفسه ؛ كما إذا قال : هذا ابني . واشتمل على شرائط صحته ؛ بأن كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله ، صح الإقرار واندرج في الورثة النسبية المتقدمين .

٣٥٢٢ - **الثالث** : عدم ثبوت نسب المقرّ له من ذلك الغير ؛ بأن لم يصدقه أبوه في هذا النسب ، أو لم يصدقه الورثة ، أو لم يشهد معه رجل آخر ؛ إذ لو صدقه الأب أو الورثة وكانوا من أهل الإقرار أو شهد معه على النسب رجل آخر ، يكون كباقي الورثة المتقدمين .

٣٥٢٣ - **الرابع** : أن يموت المقرّ على إقراره . فلو رجع عنه أو أنكره ثم مات ، لا يرث المقر له من المقر ؛ لأن هذا الإقرار وصية معنى ، فصح رجوعه عنه ، ولا ينتقل الإرث إلى فرع المقر له ولا إلى أصله .

٣٥٢٤ - فإذا توفي شخص ولم يترك إلا المقر له بالنسب على الغير ، أخذ كل التركة .

٣٥٢٥ - وكذلك إذا ترك أحد الزوجين معه ، فإن أحد الزوجين يأخذ فرضه ، والمقر له بالنسب المذكور يأخذ الباقي ؛ لأن أحد الزوجين لا يرد عليه .

٣٥٢٦ - بخلاف ما إذا ترك صاحب فرض غير أحد الزوجين ، فإنه يأخذ الكل فرضًا وردًّا .

٣٥٢٧ - وبخلاف ما إذا ترك عاصبًا مطلقًا ، فإنه يأخذ الكل بطريق العصوبة ، وكذا إذا ترك أحدًا من ذوي الأرحام ، فإنه يأخذ الكل أيضًا .

٣٥٢٨ - ومثله ما إذا ترك مولى الموالاة أو أحدًا من عصبته ، فإنه يأخذ كل المال ولا شيء للمقر له ؛ لأن الكل مقدمون عليه في الاستحقاق

٣٥٢٩ - **التاسع من المستحقين للتركة : الموصى له بما زاد على الثلث** ؛ لأن الوصية إن كانت بالثلث لأجنبي ؛ فإنها تنفذ وإن لم ترض الورثة ، وتكون مقدمة على الإرث .

٣٥٣٠ - وأما الوصية المتأخرة إلى الدرجة التاسعة ، فهي بالزائد على الثُلث ، سواء كان الكل أو لا ، فلا يستحق الموصى له الزائد على الثُلث ، سواء كان الكل أو لا ، إلا إذا لم يوجد أحد ممن تقدم ، أو وجد ولكن لا يستحق كل التركة كأحد الزوجين ،

فإنه لا يستحق إلا فرضه ، وحينئذٍ فليس له الحق في المعارضة .

٣٥٣١ – **العاشر من المستحقين للتركة : بيت المال** : وهو مكان يُوضع فيه المال تحت يد أمين ، ليصرف في مصارفه الشرعية .

٣٥٣٢ – أي : إذا لم يوجد واحد من المذكورين ، توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فصارت لجميع المسلمين ، فتوضع تحت يد الأمين ؛ ليصرفها في مصارفها الشرعية .

٣٥٣٣ – وليس ذلك بطريق الإرث بناء على أن الكل إخوة : ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ (١) . بدليل أن الذمي إذا لم يكن له وارث، يوضع ماله في بيت المال ، مع أنه لا ميراث للمسلم من غيره .

٣٥٣٤ – ويشهد له أيضًا أنه يسوي بين المذكر والمؤنث من المسلمين في العطية من ذلك المال ، ولا تسوية بينهما في المواريث .

٣٥٣٥ – ويشهد له أيضًا أنه يعطى من ذلك المال من وُلِد بعد موت صاحبه ، وللولد مع والده ولو كان إرثًا لما صح كل ذلك .

٣٥٣٦ – وعند الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه : أن بيت المال إن كان منتظمًا يقدم على الرد وذوي الأرحام ، وإن لم ينتظم رُدَّ على ذوي الفروض النسبية بنسبة فروضهم ، فإن لم يوجدا يصرف لذوي الأرحام ، ولا ميراث عنده أصلًا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير (٢) .

---

(١) الحجرات : ١٠ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ – موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب – اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

جـ – لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

الباب الثاني
في الموانع من الإرث

(مادة ٥٨٤)

مَوَانِعُ الْإِرْثِ أَرْبَعَةٌ :

الْأَوَّلُ : الرِّقُّ وَافِرًا [كاملًا] كَانَ كَالْقِنِّ وَالْمُكَاتَبِ ، أَوْ نَاقِصًا كَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ ؛ لأن الرِّقَّ يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الإِرْثِ ؛ لأَنها بِأَهْلِيَّةِ الْمِلْكِ رَقَبَةً (١) .

* * *

٣٥٣٧ – اعلم أن الموانع جمع : مانع .

٣٥٣٨ – وهو في عرف الفرضيين : ما تفوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه.

٣٥٣٩ – فما يفوت به الإرث دون أهليته ليس بمانع ، بل هو حاجب .

٣٥٤٠ – والممنوع عن الميراث لفوات الأهلية يسمى : محرومًا ، والممنوع من الإرث لوجود من هو مقدم عليه يسمى : محجوبًا .

٣٥٤١ – والفرق بينهما : أن المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة أصلًا ، بخلاف المحجوب فإنه يؤثر على غيره .

٣٥٤٢ – مثلًا : الزوج يستحق النصف عند عدم وجود الفرع الوارث ، والرابع عند وجوده ، فإذا فرض أن امرأة توفيت عن زوجها وابنها الرقيق ، استحق الزوج النصف وإن كان ابنها موجودًا ؛ لأنه قام به مانع من موانع الإرث وهو الرق فهو محروم ، فلا يؤثر على الزوج في استحقاقه النصف .

٣٥٤٣ – والأخوة لأم يستحقون الثلث في بعض الأحوال ، ويحجبون بالأب حجب حرمان ، والأم تستحق الثلث إذا لم يكن معها فرع وارث أو اثنان من الإخوة

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « الرق يمنع الإرث ولا فرق في ذلك بين أن يكون قِنًّا ، وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية أصلًا وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ، كذا في التبيين وأما المستسعى في إعتاق الراهن المعسر فيرث ويورث عنه ، كذا في الكافي » .

والأخوات ، فإن وجد معها واحد من المذكورين استحقت السدس .

٣٥٤٤ - فإذا فرض أن شخصًا توفي وترك أمه وأباه وإخوته لأمه، فالأم تأخذ السدس لوجود الأخوة لأم وإن كانوا محجوبين بالأب .

٣٥٤٥ - **والموانع المذكورة أربعة :**

٣٥٤٦ - **الأول : الرق**

٣٥٤٧ - وهو في اللغة : الضعف . يقال : رق الثوب . إذا ضعف .

٣٥٤٨ - وفي الاصطلاح : عجز حكمي قائم بالإنسان . بمعنى أن: الرقيق عاجز لا يقدر على ما يقدر عليه الحر من الشهادة والولاية والملك .

٣٥٤٩ - والرق يمنع التوارث مطلقًا ، أي: سواء كان كاملا كالقِنّ والمكاتَب ، أو ناقصًا كالمدبر وأم الولد .

٣٥٥٠ - فالقن : هو المملوك الذي لم يثبت له نوع من أنواع الحرية أصلًا . والمكاتب : هو الذي كاتبه سيده على مبلغ معلوم ؛ بأن قال له : كاتبتك على عشرين جنيهًا مصرية مثلًا إن أديتها لي تصير حرًّا .

٣٥٥١ - فكل من هذين كامل الرق ، أما القن فظاهر ، وأما المكاتب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « **المكاتب رقيق ما بقي عليه درهم** » .

٣٥٥٢ - والمدبر : هو المملوك الذي قال له سيده : أنت حر بعد موتي . وأم الولد : هي الأمة التي أتت بولد من السيد ، فادعاه بأن قال : هذا الولد ابني ؛ فإنه يثبت نسبه منه وتصير الأمة أم ولد .

٣٥٥٣ - فهذان رقهما ناقص ، لأنهما اكتسبا شيئًا من الحرية ؛ ولذا لا يجوز للسيد بيعهما ويعتقان بموت السيد .

٣٥٥٤ - وإنما كان الرق مانعًا من الإرث ؛ لأنه ينافي أهلية الملك ؛ إذ الرقيق لا يملك المال بسائر أسباب الملك ، فلا يملكه أيضًا بالإرث ؛ ولأن جميع ما في يده من المال لمولاه ، فلو ورثناه من أقاربه لدفع المال الذي أخذه لسيده ، فيكون توريثًا للأجنبي بلا سبب وهو باطل إجماعًا .

٣٥٥٥ - ويستثنى من ذلك : المكاتب الذي مات عن وفاء ، فإنه يعتق في آخر حياته ويؤدي بدل كتابته من المال الذي تركه ، وما بقي فهو ميراث لورثته الموجودين وقت

الموت ، سواء كانوا موجودين وقت الكتابة أو لا (١) .

(مادة ٥٨٥)

الثَّانِي : الْقَتْلُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمُ الْقِصَاص أَوِ الْكَفَّارَةِ . وَهُوَ إِمَّا عَمْدٌ وَفِيهِ الإِثْمُ وَالْقِصَاصُ ، أَوْ شِبْهُ عَمْدٍ وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ وَالإِثْمُ وَالدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ لَا الْقَوَدُ ، أَوْ خَطأٌ كَأَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَ إِنْسَانًا وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ وَالدِّيَةُ . فَفِي هَذِهِ الأَحْوَالِ لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ الْمَقْتُولَ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ بِحَقٍّ ، أَمَّا إِذَا قَتَل مُوَرِّثَهُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا أَوْ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، فلا حِرْمَانَ مِنَ الإِرْثِ .

وَكَذَا لَوْ كَانَ الْقَتْلُ تَسَبُّبًا ، بِلَا مُبَاشَرَةٍ ، أَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، لِعَدَمِ تَعَلُّقِ حُكْمِ الْقِصَاصِ أَوِ الْكَفَّارَةِ بِذَلِكَ (٢) .

* * *

٣٥٥٦ - الثاني من موانع الإرث : القتل

٣٥٥٧ - ولكن ليس كل قتل مانعًا منه ؛ وذلك أن القتل الذي تتعلق به أحكام

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : (٥) « من موانع الإرث قتل المورث عمدًا سواء أكان القاتل فاعلًا أصليًا أم شريكًا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلًا بالغًا من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

جـ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٩) يحرم من الإرث من قتل مورثه سواء كان فاعلًا أصليًا أو شريكًا أو متسببًا شريطة أن يكون عند ارتكابه الفعل عاقلًا بالغًا حد المسئولية الجنائية .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئًا عندنا سواء قتله عمدًا أو خطأً ، وكذلك كل قاتل وهو في معنى الخاطئ كالنائم إذا انقلب على مورثه ، وكذلك إن سقط من سطح على مورثه فقتله أو أوطأ بدابته مورثه وهو راكبها ، كذا في المبسوط وقتل الصبي ، والمجنون ، والمعتوه ، والمبرسم ، والموسوس ؛ لا يوجب حرمان الميراث ؛ لأن الحرمان ينبت جزاء قتل محظور وفعل هؤلاء ليس بمحظور والتسبب إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر وواضع الحجر وصاب الماء في الطريق ونحوه ، وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، وما لا يوجب ذلك فهو تسبب لا يحرم الميراث والقائد والسائق متسببان ، وفي قتل الباغي العادل وعكسه تفصيل وخلاف عرف في السير . كذا في الاختيار شرح المختار » .

مخصوصة على خمسة أنواع :

٣٥٥٨ - **الأول** : العمد .

٣٥٥٩ - **الثاني** : شبه العمد .

٣٥٦٠ - **الثالث** : الخطأ .

٣٥٦١ - **الرابع** : ما جرى مجرى الخطأ .

٣٥٦٢ - **الخامس** : القتل بتسبب .

٣٥٦٣ - فالذي يمنع الإرث من هذه الأنواع هو القتل الذي يتعلق به حكم القصاص أو الكفارة ، وهو الأربعة الأول .

٣٥٦٤ - فإن الأول فيه القصاص ، والثلاثة التي بعده فيها الكفارة وإن كانت فيها الدية أيضًا .

٣٥٦٥ - **فالعمد** : هو أن يتعمد شخص ضرب آخر بشيء لا تطيقه البِنْيَةُ غالبًا ، سواء كان هذا الشيء مفرقًا للأجزاء كالسلاح والممدد من الخشب والحجر ، أو غير مفرق لها كحجر ثقيل وإبرة في مقتل . وهذا هو المعول عليه .

٣٥٦٦ - وفي هذا النوع الإثم والقصاص ولا كفارة فيه ؛ لأنه كبيرة محضة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « **أكبر الكبائر : الإشراك بالله تعالى ، وقتل النفس ، وعقوق الوالدين ، وقول الزور** » (٢) . وفي الكفارة معنى العبادة ، بدليل أن للصوم والإعتاق فيها مدخلًا ، فلا يناط بها .

٣٥٦٧ - وإنما اشترط في العمد أن يكون بآلة لا تطيقها البنية في الغالب ؛ لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليل ، ودليله : استعمال القاتل آلة القتل . فأقيم الدليل مقام المدلول ؛ لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية ، ولهذا لم يقبل قول القاتل : لم أقصد قتله ؛ لأن استعمال آلته المتقدمة دليل عليه ، فلا يلتفت إلى قوله .

٣٥٦٨ - **وشبه العمد** : هو أن يتعمد شخص ضرب آخر بما تطيقه البنية غالبًا ، كضربه بكفه أو بعصا معتادة أو حجر خفيف على القول الظاهر .

---

(١) النساء / ٩٣ .

(٢) صحيح البخاري (كتاب : الديات / باب : قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا ﴾ / ٦٨٧١) .

٣٥٦٩ - وموجب هذا الإثم لتعمد الضارب والكفارة والدية المغلظة على العاقلة لا القصاص ؛ لأنه لم يتعمد قتله .

٣٥٧٠ - والكفارة : هي عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . ولا دخل للإطعام في هذه الكفارة ؛ لأن النص لم يرد به ، والمقادير توقيفية . والدية المغلظة : مائة من الإبل خمس وعشرون من التي طعنت في السنة الثانية ، ومثلها من التي دخلت في السنة الثالثة ، ومثلها من التي طعنت في الرابعة ، ومثلها من التي دخلت في الخامسة ، وتسمى الأولى : بنت مَخَاض ، والثانية : بنت لَبُون ، والثالثة : حِقَّة ، والرابعة : جَذَعَة . هذا إذا قضي بها من الإبل . فإن قضي بها من النقود ، تكون ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة .

٣٥٧١ - **والخطأ** ينقسم إلى قسمين ، لأنه إما أن يكون خطأ في الظن ، أو خطأ في الفعل .

٣٥٧٢ - فالأول : كأن يرى شبحًا من بعد ، فيظنه صيدًا فيرميه ، فإذا هو إنسان .

٣٥٧٣ - والثاني : كأن يرمي غرضًا أو صيدًا ، فيصيب آدميًا .

٣٥٧٤ - وما جرى مجرى الخطأ كانقلاب نائم على شخص أو سقوطه عليه من سطح فيقتله .

٣٥٧٥ - وموجب كل منهما الكفارة والدية المخففة على العاقلة والإثم كان أخف من إثم القتل العمد وشبهه ، والدية المخففة لا تظهر إلا إذا كانت من الإبل ، فإنها تكون أخماسًا : عشرون من الذكور التي مضى عليها سنة ودخلت في الثانية ، ومثلها من الإناث ، ومثلها من التي مضى عليه سنتان ودخلت في الثالثة ، ومثلها من التي دخلت في الرابعة ، ومثلها من التي طعنت في الخامسة . فإن كانت من النقود فكما تقدم في المغلظة ، وهذا رأي بعضهم . ويرى بعضهم أن المغلظة لا تكون إلا من الإبل أرباعًا ، وأما المخففة فإنها تكون من الإبل أخماسًا أو من الدنانير أو الدراهم ، وهذا هو الظاهر ؛ إذ به تظهر فائدة التغليظ والتخفيف .

٣٥٧٦ - **والقتل بتسبب** : كما إذا حفر شخص بئرًا ، أو وضع حجرًا في غير ملكه ، فوقع مورثه في البئر أو عثر في الحجر فوقع ، فمات .

٣٥٧٧ - وموجب هذا النوع الدية المخففة على العاقلة لا الكفارة ولا إثم القتل ، بل عليه إثم الحفر والوضع في غير ملكه ، وهذا النوع لا يحرم من الإرث كما عرفته مما تقدم .

٣٥٧٨ - والقتل العمد لا يمنع من الإرث إلا إذا كان بغير حق ، فإن كان بحق ، كما إذا قتل مورثه قصاصًا أو حدًّا ، بأن قتل الزوج امرأته أو ذات رحم من محارمه الإناث لأجل الزنى ، فإنه يرث منها عندنا . لكن لا بد من تحقق الزنى ، أما بمجرد التهمة فلا يرث ، أو دفعًا عن نفسه ، كما إذا أراد مورثه قتله ولا يمكن دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله ، فإنه يرثه .

٣٥٧٩ - ومثله : ما إذا كان القاتل صبيًا أو مجنونًا ، فإنه يرث المقتول أيضًا ، وكذا لو أكره شخص على قتل مورثه بوعيد قتل ففعل ، يرث أيضًا .

٣٥٨٠ - ولكن يقال : كيف يستثني هذه الصور مع أن مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : « **القاتل لا يرث** » (١) . أنه يحرم مطلقًا كما ذهب إليه الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه ؟ .

٣٥٨١ - والجواب عن ذلك : أنه إنما أخرج القاتل بحق ؛ لأن الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور ، فإذا كان بحق ، فلا حظر فيه ، فلا عقوبة ، فلا منع من الإرث .

٣٥٨٢ - وإنما أخرج القاتل بسبب ؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة ، ألا ترى أنه لو فعل ذلك في ملكه لم يؤخذ بشيء ، والقاتل يؤخذ بفعله ، سواء كان في ملكه أو في ملك غيره .

٣٥٨٣ - وإذا لم يكن قاتلًا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو حرمان الميراث والكفارة ، وأما وجوب الدية على العاقلة فلصيانة دم المقتول عن الهدر ، بخلاف المخطئ فإنه مباشر للقتل المحظور ، فترتب عليه الكفارة والحرمان من الإرث .

٣٥٨٤ - وإنما أخرج الصبي والمجنون ؛ لأن الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور ، وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعًا ؛ إذ لا يتصور توجيه خطاب الشارع إليهما بخلاف المخطئ ، فإنه أهل لذلك .

٣٥٨٥ - وأيضًا الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ، ويتصور نسبة التقصير إلى المخطئ وما مجرى مجراه دونهما .

٣٥٨٦ - وأما المقتول فقد يرث القاتل ، ويتصور ذلك مثلًا فيما إذا ضرب أحد الأخوين أخاه ضربة تؤدي إلى موته ، وقبل موت المضروب مات الضارب بسبب من

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في إبطال ميراث القاتل / ٢١٠٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الديات / باب : القاتل لا يرث / ٢٦٤٥) .

الأسباب (١) .

(مادة ٥٨٦)

الثَّالِثُ : اخْتِلَافُ الدِّينِ : فَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ وَلَا الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ ، فإنهُ يَرِثُهُ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ ، أَيْ : يَرِثُ مَالَهُ الَّذِي اكْتَسَبَهُ الْمُرْتَدُّ فِي حَالِ إِسْلَامِهِ ، وَأَمَّا مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . هَذَا فِي حَقِّ الْمُرْتَدِّ الذَّكَرِ .

وَأَمَّا الْمَرْأَةُ الْمُرْتَدَّةُ فَيَرِثُ قَرِيبُهَا الْمُسْلِمُ مَا اكْتَسَبَتْهُ فِي حَالِ إِسْلَامِهَا وَفِي حَالِ رِدَّتِهَا (٢) .

* * *

٣٥٨٧ - الثالث من موانع الإرث : اختلاف الدِّين

٣٥٨٨ - فلا يرث المسلم من غير المسلم ، ولا غير المسلم من المسلم .

٣٥٨٩ - فإذا كان أخوان أحدهما مسلم ـ والآخر غير مسلم ومات أحدهما ، فلا يرثه الآخر . وكذا لو تزوج مسلم بغير مسلمة وكانت كتابية ، ومات أحدهما ، فلا يرثه الآخر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يتوارث أهل ملتين شتَّى** » (٣) . وهذا

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية** : (٦) لاتوارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .

و إختلاف الدارين لايمنع من الإرث بين المسلمين .

ولايمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبيه تمنع من توريث الأجنبى عنها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

جـ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٠) لا توارث مع اختلاف الدين .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٥٤) : « واختلاف الدين أيضًا يمنع الإرث والمراد به الاختلاف بين الإسلام والكفر ، وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبدة الوثن فلا يمنع الإرث حتى يجري التوارث بين اليهودي والنصراني والمجوسي » .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : لا يتوارث أهل ملتين / ٢١٠٨) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : هل يرث المسلم الكافر / ٢٩١١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك / ٢٧٣١) .

هو المذهب المنصور .

٣٥٩٠ - وإن كان بعضهم يقول : يرث المسلم من غير المسلم ، ولا عكس ، مستدلًا بقوله عليه الصلاة والسلام : « **الإسلام يعلو ولا يعلى عليه** »[(١)] . ومن العلو أن يرث المسلم من غير المسلم ، بلا عكس .

٣٥٩١ - والجواب عن ذلك : أن المذكور في هذا الحديث نفس الإسلام ، فيكون معناه : أنه إن ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر ، فإنه يثبت ويعلو ، كالمولود بين مسلم وكتابية ، فإنه يحكم بإسلام الولد . أو المراد : العلو بحسب الحجة .

٣٥٩٢ - والمعول عليه أن غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

٣٥٩٣ - وقال بعضهم : يجري التوارث بين اليهود والنصارى لا بينهما وبين المجوس ؛ لأنهما اتفقا على التوحيد والإقرار بنبوة موسى ﷺ وإنزال التوراة ، فهما على ملة واحدة ، بخلاف المجوس حيث ينكرون التوحيد ويثبتون بالتعدد ولا يعترفون بنبي ولا بكتاب منزل فهم أهل ملة أخرى .

٣٥٩٤ - وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا توارث بين اليهود والنصارى أيضًا ، لاختلاف اعتقادهم في عيسى عليه الصلاة والسلام والإنجيل بخلاف أهل الأهواء ؛ لأنهم يعترفون بالأنبياء والكتب ، ولكنهم يختلفون في تأويل الكتاب والسنة ، وذلك لا يوجب اختلاف الملة .

٣٥٩٥ - وأما الشخص المرتد ، وهو : الراجع عن دِين الإسلام عاقلًا طائعًا ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا . فلا يرث من المسلم ولا من غيره ولو مرتدا ، ولكن ليس ذلك لاختلاف الدِّين ؛ لأنه لا دِين له ؛ لأن ما انتقل إليه لا يقر عليه ، والمعتبر في الإرث الملة .

٣٥٩٦ - ويرثه غيره ، سواء كان الشخص المرتد مذكرًا أو مؤنثًا ، وسواء كان المال الذي تركه اكتسبه حال إسلامه أو حال ردته وهذا قول الصاحبين .

٣٥٩٧ - وقال الإمام : إن كان الشخص المرتد مؤنثًا أخذ وارثها جميع ما تركته ، سواء اكتسبته حال إسلامها أو حال ردتها ؛ وإن كان مذكرًا ، أخذ وارثه ماله الذي اكتسبه حال إسلامه ، وأما ما اكتسبه حال ردته فيكون فيئًا لبيت مال المسلمين .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٠٥/٦) ، وسنن الدارقطني (٢٥٢/٣) (٣٠) .

٣٥٩٨ - ووجه قولهما : أن الجميع لورثته أن المرتد لا يقر على ما اعتقده ، بل يجبر على العود إلى الإسلام ، فيعتبر حكم الإسلام في حقه لا فيما ينتفع به هو ، بل فيما ينتفع به وارثه .

٣٥٩٩ - وإنما فرق أبو حنيفة بين المذكر والمؤنث ؛ لأن الأنثى لا تقتل ، بل تحبس وتعزر وتستتاب حتى ترجع إلى الإسلام ، فيعتبر الإسلام مستصحبًا في حقها ، بخلاف المذكر فإنه إذا لم يرجع إلى الإسلام بعد استتابته مدة ثلاثة أيام يقتل ، فردته موجبة إلى قتله ، فلا يمكننا استصحاب الإسلام في حقه حال ردته ، فلا يستحق وارثه المال الذي اكتسبه وقتها ويأخذ ماله الذي اكتسبه حال إسلامه ؛ لأن الإرث منه مسند إلى وقت الإسلام .

٣٦٠٠ - وقال الإمام الشافعي : لا يرث المرتد أحدًا ، ولا يرثه أحد ، بل يوضع ماله في بيت مال المسلمين (١) .

(مادة ٥٨٧)

الرَّابِعُ : اخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمَنِ وَالذِّمِّيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَفِي حَقِّ الْحَرْبِيِّينَ وَالْمُسْتَأْمَنِينَ مِنْ دَارَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، وَفِي حَقِّ الْحَرْبِيِّ وَالذِّمِّيِّ .

وَيُوقَفُ مَالُ الْمُسْتَأْمَنِ فِي دَارِ الإسلام إِلَى وَرَثَتِهِ الَّذِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا اتَّحَدَتْ دَارُهُمَا (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :
أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .
ب - اختلاف الدِّين بين المسلم وغيره .
جـ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٥٤) : « واختلاف الدارين يمنع الإرث ، كذا في التبيين ، ولكن هذا الحكم في حق أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى لو مات مسلم في دار الحرب يرثه ابنه الذي في دار الإسلام . ثم اختلاف الدار على نوعين : حقيقي كحربي مات في دار الحرب وله أب أو ابن ذمي في دار الإسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحربي ، وكذا لو مات ذمي في دار الإسلام وله أب أو ابن في دار الحرب ، فإنه لا يرث ذلك الحربي من هذا الذمي . والحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يرث منه وارثه الذمي ، والدار إنما تختلف باختلاف المنعة أي : الجيش والملك ، لانقطاع العصمة فيما بينهم ، كذا في الكافي » .

٣٦٠١ - **الرابع من موانع الإرث : اختلاف الدارين**

٣٦٠٢ - وهذا المانع خاص بغير المسلمين ؛ لأن دار الإسلام دار أحكام ، فلا تختلف الدار فيما بين المسلمين ؛ لأن حكم الإسلام يجمعهم ، إذ هو لا يتغير في وقت من الأوقات .

٣٦٠٣ - فلا توارث بين المستأمن والذمي وإن كان سبب الإرث كالقرابة موجودًا ، ولا توارث بين الحربيين ولا المستأمنين إذا اختلفت دارهما ، بأن يكون أحدهما فرنساويًا ، والآخر إنكليزيًا مثلًا .

٣٦٠٤ - ولا توارث أيضًا بين الحربي والذمي ، لاختلاف الدار ، ويوقف مال المستأمن في دار الإسلام لورثته الذين في دار الحرب إذا اتحدت دارهما.

٣٦٠٥ - فإذا دخل ألماني مثلًا دارنا بأمان فهو مستأمن ، فإذا هلك في ديارنا ، وكانت له ورثة في داره ، أعطي ماله إليهم .

٣٦٠٦ - بخلاف ما إذا اختلفت دارهما ، كما إذا كانت أقاربه في فرنسا ، وتجنس بالجنسية الفرنساوية ، فإنهم لا يعطون شيئًا من ماله لاختلاف الدار .

٣٦٠٧ - ثم إن اختلاف الدار : إما أن يكون حقيقة وحكمًا ، أو حكمًا فقط ، أو حقيقة فقط .

٣٦٠٨ - **فالأول** : كالحربي والذمي وكالحربيين من دارين مختلفين ؛ لأن الدارين مختلفتان حقيقة وأحكامهما متباينة .

٣٦٠٩ - **والثاني** : كالذمي والمستأمن في دارنا ؛ لأن الدار وإن كانت واحدة حقيقة ، إلا أنها مختلفة حكمًا ، لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكمًا لتمكنه من الرجوع إليها .

٣٦١٠ - **والثالث** : كمستأمن في دارنا وحربي في دارهم ، فإن الدار وإن اختلفت حقيقة لكن المستأمن من أهل دار الحرب حكمًا كما علمت ، فهما متحدان في الحكم ؛ ولذا يدفع مال المستأمن لوارثه الحربي عند اتحاد الدار ، لبقاء حكم الأمان في ماله لحقه وإيصال ماله لورثته من حقه ، فيلزمنا القيام به كسائر حقوقه .

٣٦١١ - ومما تقدم يعلم أن المانع من الإرث هو اختلاف الدارين حكمًا ، سواء كان حقيقة أيضًا أو لا دون الاختلاف حقيقة فقط .

٣٦١٢ - وقال الإمام الشافعي ﷺ : اختلاف الدارين ليس مانعًا من الإرث أصلًا .

٣٦١٣ - ووجه مذهب أبي حنيفة : أن الوراثة تبتني على النصرة والولاية ، فإذا اختلفت الدار باختلاف المنعة ، أي : العسكر واختلاف الملك كأن يكون أحد الملكين في الهند وله منعة ، والآخر في روسيا مثلًا وله منعة أيضًا ، وانقطعت العصمة فيما بينهم حتى استحل كل منهم قتال الآخر ، انتفت النصرة والولاية ، فتنتفي الوراثة المبنية عليهما .

٣٦١٤ - ولذا لو كان بين ملكين تناصر وتعاون على أعدائهما بأن تحالفا ، ثبتت الوراثة ، لوجود التناصر والتعاون والتعاضد .

٣٦١٥ - وبقي من موانع الإرث اثنان :

٣٦١٦ - **الأول : جهالة تاريخ الموت :**

٣٦١٧ - كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى ، فإذا انهدم بيت مثلًا على من فيه ، وكان فيه من يرث بعضهم بعضًا ، فلا توارث بينهم ، بل نعتبرهم كأنهم أجانب من بعضهم ومال كل واحد منهم يكون لورثته الأحياء .

٣٦١٨ - **الثاني : جهالة الوارث :**

٣٦١٩ - بأن التبس بغيره ، وذلك في مسائل :

٣٦٢٠ - منها « امرأة أرضعت صبيًا مع ولدها ، وماتت ولم يعلم أيهما ولدها ، فلا يرثها واحد منهما » .

٣٦٢١ - ومنها : أن يترك شخص ولده في مكان ، ثم يندم يرجع ليأخذه ، فإذا فيه ولدان ، ولم يعرف ولده منهما ومات قبل الظهور ، فلا يرثه واحد منهما ، ويوضع ماله في بيت المال ، ونفقتهما على بيت المال ، وكذا لا يرث أحدهما الآخر .

٣٦٢٢ - ومنها : مسلم وغير مسلم استأجرا لولديهما مرضعة واحدة ، فكبرا ، ولم يعلم ولد المسلم من ولد النصراني ، فالولدان مسلمان ولا يرثان من أبويهما ، إلا أن يصطلحا فلهما الميراث .

الباب الثالث
في أصحاب الفروض وبيان فروضهم

(مادة ٥٨٨)

الإِرْثُ المُجْمَعُ عَلَيْهِ نَوْعَانِ : إِرْثٌ بِالْفَرْضِ ، وَإِرْثٌ بِالتَّعْصِيبِ .

وَالْفُرُوضُ المُقَدَّرَةُ فِي الْقُرْآنِ الْعَزِيزِ سِتَّةٌ : النِّصْفُ ، وَالرُّبُعُ ، وَالثُّمُنُ ، وَالثُّلُثَانِ ، وَالثُّلُثُ ، وَالسُّدُسُ .

وَأَصْحَابُهَا اثْنَا عَشَرَ ، أَرْبَعَةٌ مِنَ الذُّكُورِ ، وَهُمْ : الأَبُ ، وَالجَدُّ الصَّحِيحُ وَهُوَ أَبُو الأَبِ وَإِنْ عَلاَ ، وَالأَخُ لأُمٍّ ، وَالزَّوْجُ .

وَمِنَ النِّسَاءِ ثَمَانِيَةٌ ، هُنَّ : الزَّوْجَةُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالأُخْتُ لأَبَوَيْنِ ، وَبِنْتُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَالأُخْتُ لأَبٍ ، وَالأُخْتُ لأُمٍّ ، وَالأُمُّ ، وَالجَدَّةُ الصَّحِيحَةُ [1] .

* * *

٣٦٢٣ – اعلم أن الإرث المجمع عليه نوعان :

٣٦٢٤ – الأول : إرث بالفرض .

٣٦٢٥ – والثاني : إرث بالتعصيب .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ؛ أما النصف ففرض خمسة أصناف : فرض الزوج إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، وفرض بنت الصلب ، وفرض بنت الابن عند عدم بنت الصلب ، وفرض الأخت لأب وأم ، وفرض الأخت لأب عند عدم الأخت لأب وأم » .

وجاء فيه أيضًا (٤٨٧/٦ ، ٤٨٨) : « ذوي الفروض هم : كل من كان له سهم مقدر في كتاب الله تعالى أو في سنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أو بالإجماع . كذا في الاختيار شرح المختار . وهم اثنا عشرة نفرًا ؛ عشرة من النسب واثنان من السبب . أما العشرة بالنسب فثلاثة من الرجال وسبعة من النساء ، أما الرجال فالأول الأب وله ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ، والتعصيب المحض وذلك أن لا يخلف غيره فله جميع المال بالعصوبة ، وكذا إذا اجتمع مع ذي فرض ليس بولد ولا ولد ابن كزوج وأم وجدة فيأخذ ذو الفرض فرضه والباقي للأب بالعصوبة ، والتعصيب والفرض معًا وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس فرضًا . والنصف للبنت أو الثلثان للبنتين فصاعدًا والباقي له بالتعصيب ، كذا في خزانة المفتين » .

٣٦٢٦ - والفروض المقدرة في كتاب الله تعالى لأصحاب الفروض ستة لا سابع لها ، وهي : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس .

٣٦٢٧ - وأصول مسائل الميراث سبعة ، ولكن لا يمكن استخراجها إلا بعد معرفة مآخذ هذه الفروض الستة والنسب بين الأعداد والقاعدة عند كل نسبة وجدت ، فاصغ لما يلقى عليك حتى تعرف في نهايته كيف استخرجت هذه الأصول .

مآخذ تلك الفروض

٣٦٢٨ - لما كانت هذه الفروض كلها كسورًا ، كانت مآخذها مآخذ الكسور .

٣٦٢٩ - والمآخذ جمع : مأخذ ؛ وهو : أقل عدد يمكن أن يؤخذ منه كل فرض بانفراده ، ويكون عددا صحيحًا .

٣٦٣٠ - ومأخذ كل فرض سَمِيُّهُ ، أي : العدد المشارك له في المادة ، إلا النصف فإنه من اثنين ، فمأخذ النصف اثنان والربع أربعة والثمن ثمانية ، وكل من الثلثين والثلث ثلاثة والسدس ستة ؛ لأن عدد أربعة مشارك للربع في مادته وهو أقل عدد يمكن أخذ الربع منه عددًا صحيحًا ، وقس الباقي على ذلك .

٣٦٣١ - وإن شئت فقل : مأخذ كل فرض من هذه الفروض مقام الكسر عندما يوضع على هيئة كسر اعتيادي ، وعلى هذا لا استثناء أصلًا ؛ لأن النصف الذي هو مستثنى من الأول إذا وضعته كسرًا اعتياديًا كان مقامه اثنين وهما مأخذه ، وهكذا الثلثان والثلث وغيرهما .

٣٦٣٢ - والفروض المذكورة نوعان :

٣٦٣٣ - **الأول** : النصف ، والربع ، والثمن .

٣٦٣٤ - **والثاني** : الثلثان ، والثلث ، والسدس .

٣٦٣٥ - وإن شئت فقل : النصف ونصفه ونصف نصفه ، والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وهذه الطريقة تسمى بـ : طريقة التدلي . أي : البداءة بالأكبر والانتهاء بالأصغر .

٣٦٣٦ - وهناك طريقة أخرى تسمى بـ : طريقة التعلي ، بمعنى أنك تبتدئ بالأصغر وتنتهي بالأكبر ، فتقول : الثمن والربع والنصف ، والسدس والثلث والثلثان . أو تقول : الثمن وضعفه وضعف ضعفه ، والسدس وضعفه وضعف ضعفه .

٣٦٣٧ - وأخصر من هذا كله قولك : الربع والثلث ونصف كلٍّ وضعفه .

٣٦٣٨ - والسبب الذي دعا الفرضيين إلى جعل الفروض الستة نوعين أن أقلها مقدارًا هو الثمن الذي مأخذه الثمانية ، والربع والنصف يؤخذان منها بلا كسر ، فجعلوا الثلاثة نوعًا واحدًا .

٣٦٣٩ - وأقل فرض بعده السدس الذي مأخذه الستة والثلث والثلثان يؤخذان منها بلا كسر ، فجعلوا الثلاثة الأخرى نوعًا آخر .

٣٦٤٠ - وغاية ما يجتمع من الفروض في مسألة وإن كان بعضها من جنس واحد خمسة ؛ كما لو توفي شخص عن أم وأخت شقيقة وزوجة وأخت لأب وأخت لأم ، فللأم السدس ، وللشقيقة النصف ، وللزوجة الربع ، وللأخت لأب السدس ، وللأخت لأم السدس . وأصل المسألة من اثني عشر ، وتعول إلى خمسة عشر .

النسب بين الأعداد

٣٦٤١ - كل عددين يفرضان لا بد أن تكون بينهما نسبة من أربع ؛ وهي : التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .

٣٦٤٢ - فتماثل العددين : كون أحدهما مساويًا للآخر ؛ كثلاثة وثلاثة ، ويسميان بـ : المتماثلين . ولا بد هاهنا من اعتبار العددين في محلين ؛ إذ مطلق الثلاثة مجردًا عن المحل لا تعدد فيه فلا تتصف بالمساواة . فإذا وجد عددان متماثلان عند الفرضيين ، أخذوا واحدًا منهما وكان هو أصل المسألة .

٣٦٤٣ - وتداخل العددين المغاير كل منهما للآخر : أن يعد أصغرهما الأكبر ؛ أي : يفنيه فلا يبقى من الأكبر شيء إذا ألقي الأصغر منه مرتين فأكثر ؛ كأربع واثني عشر ، فإنك إذا ألقيت الأربعة من الاثني عشر ثلاث مرات لم يبق منها شيء ، فهذان العددان يسميان بـ : المتداخلين . ولك أن تقول في معرفة التداخل : أن يقبل العدد الأكبر القسمة على الأصغر بدون باقٍ . وهو معنى الأول ، وإن اختلف التعبير . وحينئذٍ يكون من أمارات انتفاء التداخل أن يكون الأصغر زوجًا والأكبر فردًا . وإذا وجد عددان متداخلان عند الفرضيين ، أخذوا الأكبر ويكون أصل المسألة .

٣٦٤٤ - وتوافق العددين : ألا يعد الأقل الأكثر ، ولكن يفنيهما عدد ثالث غير الواحد . فإن كان هذا العدد اثنين يقال : إنهما متوافقان بالنصف ، كما في العشرة

والأربعة . وإن يكن العدد ثلاثة فهما متوافقان بالثلث ؛ كما في التسعة والاثني عشر . وإن كان العدد أربعة فهما متوافقان بالربع ؛ كالثمانية مع العشرين ، فإن الأربعة تعدهما ، فهما متوافقان في كسر وهو الربع إذ هي مأخذ للجزء الذي وقعت فيه الموافقة ، والمعتبر فى هذه الصناعة إذا تعدد العادُّ أن يؤخذ أكبر عدد يعدهما ليكون جزء الوفق أقل ، فيسهل الحساب ، فلا يلتفت إلى أن الاثنين تعدهما أيضًا فيتوافقان بالنصف . وإن شئت فقل : يعرف توافق العددين بأن يوجد بينهما قاسم مشترك ، فإن وجدت عدة قواسم اعتبر القاسم المشترك الأعظم لهذين العددين . فإن وجد عددان متوافقان عند الفرضيين ، ضربوا وفق أحدهما في كامل الآخر ، وحاصل الضرب يكون أصلًا للمسألة .

٣٦٤٥ - ويعرف تباين العدد : بأن لا يفني العددين المختلفين عدد ثالث إلا الواحد ؛ كالست والسبع ، وعلى هذا القياس . وإن شئت فقل : يعرف تباين العددين بكون العددين أوَّلين معًا . فإن وجد عددان متباينان عندهم ضربوا العددين في بعضهما وحاصل الضرب يكون أصلًا للمسألة .

أصول المسائل

٣٦٤٦ - كل مسألة ترد عليك في علم الفرائض لا بد أن يكون أصلها واحدًا من سبعة ؛ وهي : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

٣٦٤٧ - فلا تخرج مسألة عن هذه الأصول في أول الأمر ، وإن كان بعض هذه الأصول وهو الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون تزيد عن أصلها ، وستعرف ذلك إن شاء اللّٰه تعالى في باب العول .

٣٦٤٨ - والذي دعانا إلى ضرورة معرفة مآخذ الفروض والنسبة بين العددين هو معرفة هذه الأصول ؛ إذ لا تتيسر إلا بهما ، إذ هذه الأصول السبعة آتية من مآخذ الفروض المتقدمة مع ملاحظة النسب بين الأعداد .

٣٦٤٩ - وبيان ذلك : أنه إذا وجد معك في المسألة صاحب فرض واحد ، يكون أصل المسألة من مأخذ ذلك الفرض .

٣٦٥٠ - فإذا توفي شخص عن بنت وأخ شقيق ، كان أصل المسألة من اثنين ؛ لأنه مأخذ النصف الذي هو فرض البنت والباقي للأخ الشقيق ؛ لأنه عاصب . وعلى هذا القياس .

٣٦٥١ - وإن كانت الفروض متعددة : فإما أن تكون من نوع واحد ، أو من نوعين .

٣٦٥٢ - فإن كانت من نوع واحد ، فمأخذ الأقل هو المعتبر . فإذا اجتمع في المسألة السدس والثلث والثلثان كأم وأختين لأم وأختين لأبوين ، يكون أصل المسألة ستة ؛ لأن الأم لها السدس ، والأختين لأم الثلث ، والأختين لأبوين الثلثان، وقد عرفت أن مأخذ السدس ستة ومأخذ كل من الثلث والثلثين ثلاثة ، وبين ثلاثة التي هي مأخذ الثلث وثلاثة التي هي مأخذ الثلثين تماثل ، فنكتفي بواحد منهما ، وبين ثلاثة وستة التي هي مأخذ السدس تداخل ، فنكتفي بالأكبر وهو ستة ، فيكون أصل المسألة .

٣٦٥٣ - وإذا اجتمع في المسألة الثمن مع النصف كزوجة وبنت ، يكون أصلها من ثمانية ؛ لأن مأخذ النصف الذي هو اثنان داخل في الثمانية التي هي مأخذ الثمن ، فنكتفي بالأكبر ويكون أصل المسألة .

٣٦٥٤ - وإذا اجتمع الربع والنصف كزوج وبنت ، كان أصل المسألة من أربعة ؛ لأن مأخذ النصف الذي هو فرض البنت اثنان وهو داخل في الأربعة ، التي هي مأخذ الربع نصيب الزوج ، فيكون أصل المسألة من أربعة .

٣٦٥٥ - وإن كانت الفروض الموجودة في المسألة من النوعين لاحظنا النسبة بين الأعداد التي هي مآخذ الفروض الموجودة ، وجرينا على ما تقدم لنستخرج أصل المسألة الموجودة معنا .

٣٦٥٦ - فإذا اختلط النصف الذي هو من النوع الأول بكل النوع الثاني أو ببعضه ، تكون المسألة من ستة .

٣٦٥٧ - فالأول كزوج وشقيقتين وأختين لأم وأم ، فللزوج النصف ، وللشقيقتين الثلثان ، وللأختين لأم الثلث ، وللأم السدس .

٣٦٥٨ - والثاني كزوج مع واحد من هؤلاء فقط ، أو مع اثنين منهم . وهذا الأصل وهو ستة قد أخذ بطريق الانفراد ؛ لأنه مأخذ السدس .

٣٦٥٩ - وإن اختلط الربع بكل النوع الثاني أو ببعضه ، تكون المسألة من اثني عشر .

٣٦٦٠ - فالأول كزوجة وشقيقتين وأختين لأم وأم ، ففرض الزوجة الربع ومأخذه من أربعة ، وفرض الشقيقتين الثلثان ومأخذهما من ثلاثة ، وفرض الأختين لأم الثلث ومأخذه من ثلاثة أيضًا ، وفرض الأم السدس ومأخذه من ستة ، فالأعداد الموجودة معنا هي (٣ ، ٣ ، ٤ ، ٦) وبين الأولين تماثل ، فنكتفي بواحد منهما ، وبينه وبين ستة

تداخل فنكتفي بالأكبر وهو ستة ، وبين ستة وأربعة توافق بالإنصاف ؛ لأن اثنين تعدهما فنضرب وفق أحدهما وهو نصفه الذي هو خارج قسمته على القاسم المشترك بينهما في كامل الآخر ، وحاصل الضرب يكون أصلًا للمسألة . فإذا ضربت ٣ في ٤ ، أو ٢ في ٦ يكون الحاصل اثني عشر فهو أصل المسألة .

٣٦٦١ - والثاني كزوج مع واحد من هؤلاء فقط ، أو مع اثنين منهم .

٣٦٦٢ - وإذا اختلط الثمن من النوع الثاني ببعض النوع الأول ، فالمسألة من أربعة وعشرين ؛ كزوجة وبنتين وأم ، فالأعداد التي معنا ثمانية التي هي مأخذ نصيب الزوجة وثلاثة التي هي مأخذ نصيب البنتين ؛ لأن لهما الثلثين وستة التي هي مأخذ نصيب الأم وبين ثلاثة وستة تداخل فنكتفي بالأكبر وهو ستة وبينها وبين ثمانين توافق بالإنصاف ؛ لأن الاثنين يعد كلٌّ منهما ، فنأخذ وفق أحدهما وهو نصفه ونضربه في كامل الآخر ، وحاصل الضرب هو أصل المسألة بأن نضرب ٣ في ٨ ، أو ٤ في ٦ يساوي ٢٤ وهو أصل المسألة .

٣٦٦٣ - فعلم لك مما تقدم أن خمسة أصول مأخوذة من المآخذ بطريق الانفراد وهي : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية . وإن كان بعضها مأخوذًا بطريق الاجتماع أيضًا ، وأن اثنين منها مأخوذان بطريق الاختلاط وهما : اثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

٣٦٦٤ - فعندما ترد عليك مسألة من المسائل ، انظر في الفروض الموجودة فيها ، واتبع الطريقة المتقدمة ، واستخرج أصلها ، وأعط كل ذي حقٍّ حقه منه .

٣٦٦٥ - وهناك طريقة أسهل من هذه بكثير ؛ وهي : أن تفرض كل مسألة من أربعة وعشرين ، وتعطي كل وارث ما يستحقه منها ؛ ولذا كانت هي المتبعة الآن في التقسيم .

٣٦٦٦ - وأصحاب الفروض المتقدمة اثنا عشر : أربعة من الرجال ، وثمانية من الإناث .

٣٦٦٧ - فالأربعة هم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج .

٣٦٦٨ - والثمانية هن : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة الصحيحة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والزوجة .

٣٦٦٩ - وبعض هؤلاء يكون عاصبًا بنفسه مع كونه صاحب فرض أيضًا ؛ وهما اثنان : الأب ، والجد [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٥) : ١ - الفرض سهم مقدر للوارث في التركة =

(مادة ٥٨٩)

النِّصْفُ هُوَ فَرْضُ خَمْسَةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ :
لِلزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ ، وَالْوَلَدُ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى .
وَلِبِنْتِ الصُّلْبِ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً .
وَلِبِنْتِ الابْنِ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً وَمُنْفَرِدَةً عَنِ الصُّلْبِيَّةِ .
وَلِلأُخْتِ لأَبَوَيْنِ إِذَا كَانَتَ وَاحِدَةً وَمُنْفَرِدَةً عَنِ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الابْنِ .
وَلِلأُخْتِ لأَبٍ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً وَمُنْفَرِدَةً عَنْهُنَّ ، بِشَرْطِ عَدَمِ وُجُودِ الْمُعَصِّبِ عَلَى مَا يَأْتِي (١) .

* * *

= ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم: الأب ، الجد العصبي وإن علا ، الأخ لأم، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأب ، الأم ، الجدة الثابتة وإن علت .
٢- الجد العصبي : هو الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت الأنثى فإذا دخلت في نسبته أنثى فهو جد رحمي ، والجدة الثابتة هي : التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت، جد رحمي .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٢) يكون الإرث بالفرض أو التعصيب أو بهما معًا أو بالرحم .
المادة (٢٧٥) أ - الفرض هو حصة محددة للوارث في التركة بالنص الشرعي .
ب - الفروض هي : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ، وثلث الباقي .
ج - أصحاب الفروض هم : الزوج ، الزوجة ، الأب ، الأم ، البنت ، الأخوة لأم ، بنات الابن، الأخت الشقيقة ، الأخت لأب ، الجدة الصحيحة والجد الصحيح .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٣٠٤/٢ ، ٣٠٥) : « (النصف فرض خمسة : الابنة وابنة الابن إذا لم تكن ابنة الصلب والأخت للأب وللأم والأخت للأب إذا لم تكن أخت لأب وأم) ولا أخوها (والزوج إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن) وما فضل من هذا يصرف إلى العصبة . (قوله : والربع فرض للزوج مع الولد أو ولد الابن وللزوجات إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن) وإنما خص ولد الابن في المسألتين ؛ لأن ولد البنت ذو رحم لا يرث إلا مع ذوي الأرحام فلا يحجب الزوجين . (قوله : والثمن للزوجات مع الولد أو ولد الابن) وهو منصوص في القرآن . (قوله : والثلثان لكل اثنين فصاعدًا ممن فرضه النصف إلا الزوج) يعني الابنتين والأختين فصاعدًا . (قوله : والثلث للأم إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات) لقوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ .
(قوله : ويفرض لها في مسألتين ثلث ما بقي وهما زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان فلها ثلث ما بقي بعد فرض =

٣٦٧٠ - فقد عرفت أن الفروض المقدرة ستة ومستحقيها اثنا عشر ، ولكنك لم تعرف من يستحق منهم النصف ومن يستحق الثمن ومن يستحق الثلث إلخ ، مع أنه لابد لك من معرفة ذلك ، فإليك البيان :

من يستحق النصف

٣٦٧١ - يستحق النصف من أصحاب الفروض المتقدمة خمسة :

٣٦٧٢ - **الأول** : **الزوج** : لكن بشرط ألا يكون للزوجة فرع وارث ؛ وهو الابن وابن الابن وإن سفل والبنت وبنت الابن وإن سفل أيضًا .

٣٦٧٣ - ولا فرق بين أن يكون الفرع الوارث للزوجة من الزوج أو من غيره ، ولو كان ابن زنى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ (١) . فيستحق كل زوج النصف مما تركته امراته إذا لم يكن لها فرع وارث ؛ لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد ، كقولهم : ركب القومُ دوابَّهم ، ولبسوا ثيابهم .

٣٦٧٤ - ولفظ الولد يتناول ولد الابن بالنص أو بالإجماع ؛ فإذا توفيت الزوجة عن زوجها ولم تترك فرعًا وارثًا ، استحق الزوج النصف ، ولو وجد معه من الورثة عدد كثير . والزوج لا يحجب حجب حرمان أصلًا .

٣٦٧٥ - **الثاني** : **البنت الصلبية** : وهي التي ليس بينها وبين المتوفى واسطة ، بشرط أن تكون منفردة ، وألا يكون معها ابن للمتوفى .

٣٦٧٦ - فإن وجد معها مثلها ، استحقا الثلثين .

٣٦٧٧ - وإن وجد معها ابن ، ورثت معه بالتعصيب ؛ أي : للمذكر ضعف ما للمؤنث .

= الزوج والزوجة) ولو كان مكان الأب جد فلها ثلث جميع المال بالإجماع والباقي للجد (قوله : وهو لكل اثنين فصاعدًا من ولد الأم ذكورهم وإناثهم فيه سواء) لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ وهذا يقتضي التساوي بينهم . (قوله : والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد أو ولد الابن وهو للأم مع الإخوة والأخوات وللجد مع الولد أو ولد الابن) وللجدات ولبنات الابن مع بنت الصلب وللأخوات للأب مع الأخوات للأب والأم وللواحد من ولد الأم » .

(١) النساء : ١٢ .

٣٦٧٨ - لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾ [١] ، وقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ [٢] . وهي لا يدخل عليها حجب حرمان .

٣٦٧٩ - **الثالث** : **بنت الابن** : بشرط أن تكون واحدة ومنفردة عن الصلبية ، وألا يكون معها معصب .

٣٦٨٠ - فإن وجدت مع مثلها ، استحقتا الثلثين .

٣٦٨١ - وإن وجدت مع الصلبية ، استحقت السدس فقط .

٣٦٨٢ - وإن وجد معها معصب ، ورثت بالتعصيب ، أي : للذكر ضعف ما للأنثى .

٣٦٨٣ - **الرابع** : **الأخت لأبوين** : أي : الشقيقة ، بشرط كونها واحدة ، ومنفردة عن البنت وبنت الابن والأخ الشقيق .

٣٦٨٤ - فإن كانت أختان شقيقتان ، أخذتا الثلثين .

٣٦٨٥ - وإن وجدت مع البنت أو بنت الابن أو معهما ، ورثت بالتعصيب مع الغير ؛ أي : بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم تأخذ هي الباقي .

٣٦٨٦ - وإن وجد معها أخ شقيق أو أكثر ، ورثت معه للذكر مثل حظ الأنثيين .

٣٦٨٧ - ولكن محل ذلك إذا لم يكن معها حاجب لها ؛ وهو : كل من الفرع، والأصل الوارث المذكر .

٣٦٨٨ - **الخامس** : **الأخت لأب** : إذا كانت واحدة ، ومنفردة عن البنت الصلبية وبنت الابن والأخ لأب .

٣٦٨٩ - فإن وجدت مع مثلها أو البنت الصلبية أو بنت الابن أو الأخ لأب ، يقال ما قيل في الأخت الشقيقة إذا لم يكن معها من يحجبها ، فإن وجد ، فلا تأخذ شيئًا ، وهو ما تقدم في الأخت الشقيقة ، ويزاد عليه : الأخ الشقيق ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير ، والأختان الشقيقتان إذا لم يكن معهما معصب [٣] .

(١ ، ٢) النساء : ١١ .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦٨) : ١ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل . والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

٢ - للزوجة و لو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض . =

من يستحق الربع

(مادة ٥٩٠)

الرُّبُعُ هُوَ فَرْضُ اثْنَيْنِ مِنَ الْوَرَثَةِ :
لِلزَّوْجِ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ .
وَلِلزَّوْجَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ (١) .

* * *

٣٦٩٠ - يستحق الربع اثنان :

٣٦٩١ - **الأول** : **الزوج** : إذا كان للزوجة فرع وارث ، وقد عرفته مما تقدم ؛ لقوله تعالى في الآية المتقدمة : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ (٢) .

٣٦٩٢ - **الثاني** : **الزوجة أو الزوجات** : إذا لم يكن للزوج فرع وارث ، سواء كان منها أو من غيرها .

٣٦٩٣ - فإذا توفي الزوج عن زوجته ، ولم يترك فرعًا وارثًا ، سواء كان منها أو من غيرها ، استحقت الربع ، ولو ترك من الورثة غيرها ما ترك .

٣٦٩٤ - لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ (٣) ، (٤) .

= ٣ - إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة .

المادة (٢٦٩) : مع مراعاة حكم المادة (٢٧٧) :

١ - للواحدة من البنات فرض النصف، وللاثنين فأكثر الثلثان .

٢ - لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة .

المادة (٢٧٠) : مع مراعاة حكم المادتين (٢٧٧) و (٢٨٠) :

١ - للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان .

٢ - للأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة . (٢، ٣) النساء : ١٢ .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦٨) : ١ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

٢ - للزوجة و لو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، =

من يستحق الثُّمن

(مادة ٥٩١)

الثُّمُنُ هُوَ فَرْضُ صِنْفٍ مِنَ الْوَرَثَةِ وَهُوَ :

الزَّوْجَةُ أَوِ الزَّوْجَاتُ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ ، سَوَاءٌ كَانَ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا (١) .

* * *

٣٦٩٥ - يستحق الثمن صنف واحد من الورثة ؛ وهو : الزوجة أو الزوجات إذا كان للزوج فرع وارث ؛ وهو : الابن وابن الابن وإن نزل ، والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها ، سواء كان من الزوجة أو من غيرها ؛ لقوله تعالى في الآية المتقدمة : ﴿ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ (٢) .

من يستحق الثلثين

(مادة ٥٩٢)

الثُّلُثَانِ هُمَا فَرْضُ أَرْبَعَةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ وَهُنَّ :

بِنْتَا الصُّلْبِ .

وَبِنْتَا الابْنِ فَصَاعِدًا إِذَا كَانَتَا مُنفَرِدَتَيْنِ عَنِ الصُّلْبِيَّةِ .

وَلِلأُخْتَيْنِ لأَبَوَيْنِ إِذَا كَانَتَا مُنْفَرِدَتَيْنِ عَنْ بَنَاتِ الصُّلْبِ وَبَنَاتِ الابْنِ أَوْ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ .

وَلِلأُخْتَيْنِ لأَبٍ إِذَا كَانَتَا مُنْفَرِدَتَيْنِ عَنْهُنَّ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُعَصِّبِ الذَّكَرِ فِي الْجَمِيعِ (٣) .

* * *

٣٦٩٦ - يستحق الثلثين بطريق الفرض أربعة من الورثة :

= والثُّمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض .

٣ - إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

(٢) النساء : ١٢ .

(٣) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

٣٦٩٧ - **الأول : بنتا الصلب فأكثر** : أما استحقاق البنتين للثلثين فلما روي عن جابر أنه قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد ، فقالت : يا رسول الله ، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا ، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً . فقال النبي عليه الصلاة والسلام : « **يقضي الله في ذلك** » . فنزلت آية الميراث ، فأرسل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم إلى عمهما فقال : « **أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثُمن ، وما بقي فهو لك** » (١) .

٣٦٩٨ - وأما استحقاق الأكثر من اثنتين للثلثين ؛ فلقوله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ (٢) . فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة .

٣٦٩٩ - ولك أن تقول : إن حكم المثنى مأخوذ من الآية أيضًا ؛ لأن الجمع قد يُراد به التثنية لاسيما في المواريث ، فيكون المثنى مرادًا بالآية وهو الظاهر ، ألا ترى أن الواقعة كانت لاثنتين ،فأعطاهما رسول الله ﷺ الثلثين بحكم الآية ، وعلى هذا تكون لفظة فوق في الآية صلة كما في قوله تعالى : ﴿ فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ ﴾ (٣) . أي اضربوا الأعناق .

٣٧٠٠ - وهذا هو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، وبه أخذ عامة الأمصار .

٣٧٠١ - ويشترط ألا يكون معهما ابن ، فإن وجد كان للمذكر ضِعف ما للأنثى ، ولا يدخل حجب الحرمان عليهما .

٣٧٠٢ - **الثاني : بنتا الابن فأكثر** : إذا كانتا منفردتين عن الصلبية .

٣٧٠٣ - فإن وجدت معهما ، استحقتا السدس تكملة للثلثين .

٣٧٠٤ - ويشترط أيضًا ألا يكون معهما معصب ، وإلا كان الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين .

٣٧٠٥ - وكذا يشترط ألا يكون معهما حاجب ؛ وهو : الابن ، أو البنتان إذا لم يكن مع بنتي الابن معصب .

٣٧٠٦ - **الثالث : الأختان الشقيقتان** : إذا كانتا منفردتين عن : بنات الصلب، وبنات الابن ، أو واحدة منهن ، وعن الأخ الشقيق .

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في ميراث البنات / ٢٠٩٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : ما جاء في ميراث الصلب / ٢٨٩١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : فرائض الصلب / ٢٧٢٠) .

(٢) النساء : ١١ .

(٣) الأنفال : ١٢ .

٣٧٠٧ - فإن وجدتا معهما أو مع واحدة منهما ، أخذتا الباقي بطريق العصبة مع الغير .

٣٧٠٨ - وإن وجد معهما الأخ الشقيق ، كان الإرث بالتعصيب للمذكر ضعف ما للأنثى .

٣٧٠٩ - ويشترط عدم وجود الحاجب كما تقدم في الأخت الواحدة ؛ وهو : كل من الفرع والأصل الوارث المذكر .

٣٧١٠ - **الرابع : الأختان لأب فأكثر** : إذا كانتا منفردتين عن : بنات الصلب، وبنات الابن ، أو واحدة منهن ، وعن الأخ لأب .

٣٧١١ - فإذا وجدتا مع واحد ممن ذكر ، يقال ما قيل في الأختين الشقيقتين .

٣٧١٢ - ويشترط أيضًا ألا يكون معهما أخت شقيقة ؛ فإن وجدت أخذتا السدس تكملة للثلثين .

٣٧١٣ - وكذا يشترط ألا يكون معهما حاجب كما تقدم في الأخت الواحدة [1] .

من يستحق الثلث

(مادة ٥٩٣)

الثُّلُثُ هُوَ فَرْضُ اثْنَيْنِ من الورثة :

فَرْضُ الأُمِّ سَوَاءٌ كَانَ الثُّلُثُ ثُلُثَ الْكُلِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوِ اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوِ الأَخَوَات ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا أَوْ مِنْهُمَا ، أَوْ ثُلُثَ الْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ .

وَلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ وَلَدِ الأُمِّ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا أَوْ مِنْهُمَا [2] .

* * *

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧١) : ٢ - لها الثلث في غير هذه الأحوال، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين .

جاء في **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (١٨٠) : لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثلث للاثنين فاكثر ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء ويشاركهم الإخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركة . الرد على أحد الزوجين .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

٣٧١٤ - يستحق الثلث اثنان من الورثة :

٣٧١٥ - **الأول** : **الأم** : ولكن لا تستحقه إلا بشرطين :

٣٧١٦ - **الأول** : عدم الفرع الوارث . وهو : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها .

٣٧١٧ - **الثاني** : عدم اثنين من الإخوة أو الأخوات ، سواء كانت الإخوة أو الأخوات لأبوين أو لأب أو لأم أو مختلطين .

٣٧١٨ - لقوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [١] ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ [٢] . واسم الولد في الآية الأولى يتناول الولد وولد الابن سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، ولفظ الجمع في الإخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث إلى السدس من جهة كانا أو من جهتين ؛ لأن لفظ « الإخوة » يطلق على الكل ، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

٣٧١٩ - وروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه لم يحجب الأم عن الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم ؛ عملًا بظاهر الآية فإن « الإخوة » جمع ؛ وأقل الجمع ثلاثة .

٣٧٢٠ - والثلث الذي تستحقه الأم : تارة يكون ثلث كل التركة ، وتارة يكون ثلث الباقي بعد فرض بعض أصحاب الفروض .

٣٧٢١ - فيكون ثلث كل التركة متى لم يكن في المسألة : فرع وارث ، أو اثنان من الإخوة ، أو الأخوات ، أو منهما .

٣٧٢٢ - ويكون ثلث الباقي في مسألتين :

٣٧٢٣ - **الأولى** : إذا توفيت المرأة عن زوج وأم وأب ؛ ففي هذه المسألة تأخذ الأم ثلث الباقي بعد نصيب الزوج فيأخذ الزوج النصف لعدم الفرع الوارث ، والأم تأخذ ثلث الباقي ، وهو في الحقيقة سدس ، والأب له الباقي بطريق التعصيب .

٣٧٢٤ - **الثانية** : إذا توفي الرجل عن زوجة وأم وأب ؛ فالأم تأخذ ثلث الباقي بعد فرض الزوجة ، فللزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث وللأم ثلث الباقي ، وهو في الحقيقة ربع ، وللأب الباقي بطريق التعصيب .

٣٧٢٥ - فأي مسألة توجد وفيها أصحاب فروض ، تعطى لهم فروضهم بنسبة كل

(١ ، ٢) النساء : ١١ .

التركة ، إلا في هاتين المسألتين فإن الأم تأخذ فيهما الثلث بنسبة الباقي بعد فرض أحد الزوجين .

٣٧٢٦ - وهذا هو القول المعول عليه .

٣٧٢٧ - وابن عباس ﵄ لا يرى ثلث الباقي ، بل ثلث الكل ، والباقي للأب ؛ لأن الله تعالى نص على فرضين للأم الثلث والسدس ، فلا يجوز إثبات فرض ثالث بالقياس ، وكذا قال عليه الصلاة والسلام : « **ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقته فلأولى رجل ذكر** » [(١)] . والأم صاحبة فرض والأب عصبة في هذه الحالة .

٣٧٢٨ - والجواب عنه : أن الله تعالى جعل للأم ثلث ما ترثه هي والأب عند عدم الولد والإخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [(٢)] . أي : ثلث ما يرثانه ، والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه .

٣٧٢٩ - ولأنها لو أخذت ثلث الكل ، يكون نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج أو قريبًا من نصيبه مع الزوجة ، والنص يقتضي تفضيله عليها إذا لم يوجد الولد والإخوة ، ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه : ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر . وقال زيد رضي الله تعالى عنه : لا أُفضل الأنثى على الذكر ؛ ولذا أعطاها بعضهم ثلث الباقي في مسألة الزوج ، لا في مسألة الزوجة ؛ لأنها هي التي يلزم فيها التفضيل .

٣٧٣٠ - ومحل عدم تفضيل الأنثى على المذكر إذا كان هناك استواء في القرابة والقرب ، وأما عند الاختلاف فلا يمتنع هذا التفضيل . ولهذا لو كان مكان الأب جد ، كان للأم ثلث الجميع ، ولا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه .

٣٧٣١ - **الثاني ممن يستحق الثلث : اثنان فأكثر من ولد الأم** : سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا أو منهما لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ [(٣)] . والمراد بهم : أولاد الأم ؛ لأن أولاد الأب والأم ، أو الأب مذكورون في آية النصف كما عرفته ، ولهذا قرأها بعضهم : (وله أخ أو أخت لأم) .

٣٧٣٢ - واعلم أنه متى اجتمعت إخوة وكانوا ذكورًا وإناثًا ، أخذ المذكر ضعف الأنثى ، إلا أولاد الأم ، فإنهم يستوون في القسمة ، فلا يفضل مذكرهم على مؤنثهم ؛

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) النساء : ١١ .
(٣) النساء : ١٢ .

لأن الشركة المذكورة في الآية تقتضي المساواة ؛ ولأن قرابة غيرهم من الذكور آتية من جهة العاصب بخلاف أولاد الأم ، فإن قرابتهم آتية من جهة الأم وهي ليست بعصبة .

٣٧٣٣ – وكما تستوي أولاد الأم في القسمة ، يستوون في الاستحقاق أيضًا ؛ لأن الواحد منهم سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا يستحق السدس ، بخلاف غيرهم من الإخوة والأخوات فإن الأخت الشقيقة مثلًا صاحبة فرض ولكن أخوها عصبة .

من يستحق السدس

(مادة ٥٩٤)

السُّدُسُ هُوَ فَرْضُ سَبْعَةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ وَهُمْ :

الأَبُ .

وَالْجَدُّ أَبُو الأَبِ وَإِنْ عَلاَ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ .

وَلِلأُمِّ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ أَوْ تَرَكَ اثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوْ الأَخَوَاتِ فَصَاعِدًا أَوْ مِنْهُمَا .

وَلِلْجَدَّةِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ .

وَلِوَلَدِ الأُمِّ إِذَا كَانَ وَاحِدًا .

وَلِبِنْتِ الابْنِ إِذَا كَانَ مَعَهَا بِنْتٌ صُلْبِيَّةٌ .

وَلِلأُخْتِ لأَبٍ إِذَا كَانَ مَعَهَا أُخْتٌ لأَبَوَيْنِ [1] .

* * *

٣٧٣٤ – يستحق السدس سبعة من الورثة :

٣٧٣٥ – **الأول** : **الأب** : بشرط وجود الفرع الوارث .

٣٧٣٦ – **الثاني** : **الجد الصحيح** : وهو أبو الأب بشرط وجود الفرع الوارث وعدم الأب .

٣٧٣٧ – **الثالث** : **الأم** : بشرط أن يكون للمتوفى فرع وارث أو اثنان من الإخوة أو الأخوات أو منهما .

---

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

٣٧٣٨ - **الرابع : الجدة الصحيحة** أو الجدات : بشرط عدم وجود من يحجبها .

٣٧٣٩ - **الخامس : ولد الأم المنفرد** : سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، بشرط عدم من يحجبه ؛ وهو : الفرع الوارث مطلقًا ، والأصل الوارث المذكر .

٣٧٤٠ - **السادس : بنت الابن** : إذا وجدت معها بنت صلبية .

٣٧٤١ - **السابع : الأخت لأب** : إذا كانت معها أخت شقيقة .

٣٧٤٢ - فكل واحد من هؤلاء السبعة يستحق السدس ، لكن بشروط أكثر مما ذكر في هذه المادة ، وستأتيك مفصلة إن شاء الله تعالى في أحوال أصحاب الفروض .

٣٧٤٣ - وقد وضعنا لك جدولًا تعرف منه أصحاب الفروض المتقدمة بطريقة سهلة بقطع النظر عن حجبهم عن الميراث حجب حرمان ؛ لأن ذلك له موضوع خاص به وهو الحجب ، ولهذا ترى أن هذا الجدول غير كاف لاستخراج أي مسألة مشتملة على أصحاب فروض وعصبات تريد البحث عليها ، بل المتكفل بما ذكر هو الجدول الآتي في هذا الكتاب قبل توريث ذوي الأرحام [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٦٦) : مع مراعاة حكم المادة (٢٨١) للأب وكذا للجد العصبي فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .

المادة (٢٦٧) : ١ - لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنين فأكثر ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

٢ - في الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة وكان مع أولاد الأم أخ شقيق أو أخوة أشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر، يقسم الثلث بين الجميع على الوجه المتقدم .

المادة (٢٦٩) : ٣ - لهن ولو تعددن السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .

المادة (٢٧٠) : لهن ولو تعددن السدس مع الأخت الشقيقة .

المادة (٢٧١) : ١ - للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين فأكثر من الأخوة أو الأخوات .

المادة (٢٧٢) : للجدة الثابتة أو الجدات السدس ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين ذات قرابة وقرابتين .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٨٠) : لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثلث للاثنين فاكثر ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء ويشاركهم الإخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركة .

جدول أصحاب الفروض

النصف فرض (٥)	زوج مع عدم الفرع الوارث	بنت صلبية إذا انفردت عمن يساويها أو عمن يعصبها	بنت ابن كذلك ومع عدم البنت	أخت شقيقة كذلك ومع عدم البنت وبنت الابن	أخت لأب كسابقتها ومع الأخت الشقيقة
الربع فرض (٢)	زوج مع وجود الفرع الوارث			زوجة أو زوجات مع عدم الفرع الوارث	
الثمن فرض (١)	زوجة أو زوجات مع عدم وجود الفرع الوارث			اعلم أن الفرع الوارث هو ابن الميت وبنته وابن الابن وإن نزل وبنت الابن نزل أبوها	
الثلثان فرض (٤)	بنتان فأكثر	بنتا ابن فأكثر	أختان شقيقتان فأكثر	أختان لأب فأكثر	ويشترط في الجميع أن لا يكون معهن معصب
الثلث فرض (٢)	أم مع عدم الفرع الوارث وعدم اثنتين من الأخوة والأخوات		اثنان فأكثر من الأخوة والأخوات لأم مع عدم الفرع الوارث مطلقًا والأصل الوارث الذكر		اعلم أنه يستوي في القسمة ولد الأم المذكر والمؤنث

السدس فرض (٧)
أب مع وجود الفرع الوارث
جد مع وجود الفرع الوارث أيضًا ومع عدم الأب
بنت ابن فأكثر مع وجود البنت الصلبية
أخت لأب فأكثر مع وجود الشقيقة الواحدة
ولد الأم المنفرد بالشرط المتقدم
أم مع الفرع الوارث أو اثنتين من الأخوة أو الأخوات
جدة وأكثر بشرط أن تكون صحيحة وعدم وجود الأم

الباب الرابع
في بيان أحوال نصيب ذوي الفروض
المتقدمة مع غيرهم من الورثة

(مادة ٥٩٥)

الأَبُ لَهُ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :

- الْفَرْضُ الْمُطْلَقُ الْخَالِي عَنِ التَّعْصِيبِ وَهُوَ السُّدُسُ ، وَذَلِكَ مَعَ الابْنِ وَابْنِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ .
- وَالْفَرْضُ وَالتَّعْصِيبُ مَعَ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَتْ .
- وَالتَّعْصِيبُ الْمَحْضُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « الأب له ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ، والتعصيب المحض ، وذلك أن لا يخلف غيره فله جميع المال بالعصوبة وكذا إذا اجتمع مع ذي فرض ليس بولد ولا ولد ابن كزوج وأم وجدة ، فيأخذ ذو الفرض فرضه والباقي للأب بالعصوبة ، والتعصيب والفرض معًا وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس فرضًا ، والنصف للبنت أو الثلثان للبنتين فصاعدًا والباقي له بالتعصيب ، كذا في خزانة المفتين » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣/٤) : « (الأب يرث بفرض) فقط السدس كما مر (إذا كان معه ابن أو ابن ابن) وارث وإن سفل والباقي لمن معه (و) يرث (بتعصيب) فقط (إذا لم يكن) معه (ولد ولا ولد ابن) سواء أكان وحده أم معه صاحب فرض كزوجة ، فله الباقي بعد الفرض بالعصوبة وإلا أخذ الجميع ، والأخ الشقيق يشارك الأب في هاتين الحالتين ، فيرث بالفرض وبالتعصيب في غيرها (و) يرث (بهما) أي : الفرض والتعصيب من جهة واحدة (إذا كان) معه (بنت) مفردة أو كان معها بنت أخرى فأكثر (أو بنت ابن) وإن سفل مفردة أو معها بنت ابن أخرى أو بنتا ابن فأكثر (له السدس فرضًا) ؛ لأن لفظ الولد في الآية يشمل الذكر والأنثى ، ولو عطف بالواو لصح ، فإنه لو كان معه بنت وبنت ابن أو بنتا ابن كان الحكم كذلك (والباقي بعد فرضهما) أي : الأب والبنت أو الأب وبنت الابن ، وكذا غيرهما ممن ذكر ، وهو الثلث أو السدس له يأخذه (بالعصوبة) لقوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » ، وأولى بمعنى أقرب ، ولا يصح أن يكون بمعنى أحق لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة فلا يبقى للكلام معنى » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠٧/٨ ، ٢٠٨) : « ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت ، وإن سفلت كابن عم أخ لأم يعني أن الأب ، أو الجد كل منهما يرث بالفرض والتعصيب معًا مع بنت الصلب ، وإن تعددت ومع بنت الابن ، وإن تعددن فيفرض لأحدهما معها ، أو معهن السدس بالفرض ويأخذ =

٣٧٤٤ - اعلم أن فائدة هذا الباب عظيمة جدًّا ؛ إذ يمكنك بعد معرفته أن تعين فرض كل من أصحاب الفروض عند اجتماعه مع غيره ، بخلاف ما تقدم ، فإن أغلبه قاصر على معرفة الفرض عند الانفراد .

٣٧٤٥ - ويمكنك أيضًا أن تجيب عن اعتراض يرد عليك مما تقدم ، ومحصله : أن هناك تناقضًا بين قولكم : أصحاب الفروض اثنا عشر . وقولكم : يستحق النصف خمسة ، والربع اثنان ، والثمن واحد ، والثلثين أربعة ، والثلث اثنان ، والسدس سبعة ؛ لأن مجموع الكل واحد وعشرون ، فقد زادوا عن اثني عشر .

٣٧٤٦ - والجواب عن ذلك يعرف من معرفة الأحوال ؛ لأنك إذا نظرت في الجدول المتقدم ترى الزوج مثلًا فيمن يستحق النصف وفيمن يستحق الربع بسبب عدم الفرع الوارث ووجوده ، وترى الأم أيضًا فيمن يستحق الثلث ، ومن يستحق السدس حسب الأحوال ، وبنت الابن فيمن يستحق النصف ، وفيمن يستحق الثلثين ، وفيمن يستحق السدس على حسب وجودها مع غيرها من أصحاب الفروض .

= الباقي بالتعصيب ، وكذلك ابن العم إذا كان أخًا لأم ، فإنه يرث السدس بالفرض والباقي بالتعصيب ، فإن كان معه ابن عم آخر ليس أخًا لأم كان ما فضل عن السدس بينهما ، فإن كان ابن العم زوجًا أخذ النصف بالفرض والباقي بالتعصيب إذا لم يكن له من يشاركه فيه أو من هو أولى منه ، وأتى بثم للترتيب الإخباري قصد به الرد على من يتوهم الاشتراك ، وإلا فثم لا محل لها ؛ لأن الأحكام لا ترتيب فيها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٩/٦ ، ١٧٠) : « وليس للأب مع الولد الذكر ، أو ولد الابن ، إلا السدس ، فإن كن بنات كان له ما فضل . يعني ، والله أعلم ، كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس ، فيكون له ثلاثة أحوال ؛ حال يرث فيها بالفرض ، وهي مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ، فليس له إلا السدس والباقي للابن ومن معه . لا نعلم في هذا خلافًا ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ . الحال الثانية ، يرث فيها بالتعصيب المجرد ، وهي مع غير الولد ، فيأخذ المال إن انفرد . وإن كان معه ذو فرض غير الولد ، كزوج ، أو أم ، أو جدة ، فلذي الفرض فرضه ، وباقي المال له ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ . فأضاف الميراث إليهما ، ثم جعل للأم الثلث ، فكان الباقي للأب ، ثم قال : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ . فجعل للأم مع الإخوة السدس ، ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ، ولا ذكر للإخوة ميراثًا ، فكان الباقي كله للأب . الحال الثالثة ، يجتمع له الأمران ؛ الفرض والتعصيب ، وهي مع إناث الولد ، أو ولد الابن ، فله السدس ؛ لقوله تعالى : ﴿ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ . ولهذا كان للأب السدس مع البنت بالإجماع ، ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب ؛ لما روى ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . متفق عليه . والأب أولى رجل بعد الابن وابنه . وأجمع أهل العلم على هذا كله ، فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه » .

٣٧٤٧ - وإذا تتبعت من ذكروا في الجدول ، فلا تجد إلا اثني عشر وارثًا هم أصحاب الفروض المتقدمة ، وحينئذٍ يندفع التناقض الظاهري .

أحوال الأب

٣٧٤٨ - إذا مات شخص وترك أبًا فلا يخلو حال الأب بالنسبة للإرث من أحوال ثلاثة :

٣٧٤٩ - **الحالة الأولى** : إرثه بالفرض المطلق الخالي من التعصيب ، بمعنى : أنه يأخذ فرضه وهو السدس ، ولا شيء له بعد ذلك أصلًا بطريق التعصيب ، لأن هناك من هو مقدم عليه في التعصيب ، وهي الحالة التي تكون عند وجود الفرع الوارث ، بشرط أن يكون مذكرًا وهو الابن وابن الابن وإن نزل .

٣٧٥٠ - فإذا توفي شخص عن أب وابن أو ابن ابن وإن نزل ، فلا يأخذ الأب إلا السدس بطريق الفرض والابن أو ابن الابن يأخذ الباقي بطريق التعصيب ؛ لأن البنوة مقدمة في التعصيب على الأبوة ، فالمسألة على ما تقدم لك من القواعد من ستة للأب واحد والباقي للابن .

٣٧٥١ - فالأب في هذه الحالة يأخذ السدس ولا يزاحمه فيه غيره . وأما الابن فإنه يأخذ الباقي كله إذا لم يكن هناك مستحق معه .

٣٧٥٢ - فإن وجد من أصحاب الفروض من يستحق معه ، أخذ فرضه أولًا ، كالأم وأحد الزوجين .

٣٧٥٣ - فلو توفي شخص عن أب وأم وزوج وابن ، أخذ الأب السدس لوجود الفرع الوارث والأم السدس أيضًا لما ذكر ، والزوج الربع لما تقدم ، والابن الباقي بطريق التعصيب . فالمسألة من اثني عشر ، فللأب السدس اثنان ، وللأم مثله ، وللزوج الربع ثلاثة ، والباقي للابن ، فليس للابن شيء مخصوص بل نصيبه من التركة يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه .

٣٧٥٤ - **الحالة الثانية** : إرثه بالفرض والتعصيب معًا . وهذه الحالة تكون عند وجود الفرع الوارث إذا كان مؤنثًا وهو البنت وبنت الابن وإن نزل أبوها .

٣٧٥٥ - فإذا توفي شخص عن أب وبنت أو بنتين أو بنت وبنت ابن ، أخذ الأب السدس بطريق الفرض والبنت في المسألة الأولى النصف ، والبنتان في الثانية الثلثين ،

والبنت في الثالثة النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقي بعد الفروض يأخذه الأب بطريق التعصيب ، وهو في المسألة الأولى الثلث ، وفي الثانية السدس ومثلها الثالثة .

٣٧٥٦ - وكذا الحال فيما إذا وجد مع الأب والفرع الوارث المؤنث من يستحق من أصحاب الفروض ، فإنه لا يأخذ إلا بعد استيفاء أصحاب الفروض فروضهم .

٣٧٥٧ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأب وبنت وبنت ابن ، أخذت الزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث ، والأب السدس لما ذكر ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس لوجود البنت الواحدة ، فالمسألة من أربعة وعشرين تأخذ الزوجة ثلاثة ، والأب أربعة ، والبنت اثني عشر ، وبنت الابن أربعة ، فيبقى واحد من أربعة وعشرين يأخذه الأب بطريق التعصيب ، وهو قليل بالنسبة لما أخذه من المسائل المتقدمة ، فالباقي ليس له حد مقدر بل يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه .

٣٧٥٨ - **الحالة الثالثة** : التعصيب المحض ، وهذه تكون إذا لم يوجد فرع وارث أصلًا .

٣٧٥٩ - فإذا توفي شخص عن أب ولم يترك فرعًا وارثًا لا مذكرًا ولا مؤنثًا ، فإن لم يكن مع الأب أحد من الورثة أو كان معه من يحجبون به كالإخوة والأخوات ، أخذ كل التركة بطريق التعصيب . وإن كان معه من أصحاب الفروض من يستحق ، أخذ فرضه وهو يأخذ الباقي .

٣٧٦٠ - فإذا توفي شخص عن أب وأم ، أخذت الأم الثلث والأب الباقي بالتعصيب ، وإن كان معهما زوج ، أخذ فرضه والأم ثلث الباقي والأب الباقي .

٣٧٦١ - وإنما استحق الأب السدس في الحالة الأولى ، لقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ (١) . فقد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعًا ، قال تعالى : ﴿ يَـٰبَنِىٓ ءَادَمَ ﴾ (٢) ، وعرفًا قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

٣٧٦٢ - ولك أن تقول : عرف ذلك بدليل آخر ، وهو الإجماع ، وإنما استحق في الحالة الثانية بالفرض والتعصيب للآية المتقدمة ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « **ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقته فلأولى رجل ذكر** » (٣) .

---

(١) النساء : ١١ .

(٢) الأعراف : ٢٦ .

(٣) سبق تخريجه .

٣٧٦٣ - وإنما استحق في الحالة الثالثة بالتعصيب المحض، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ (١) . فذكر فرض الأم وجعل الباقي له دليل أنه عصبة (٢) .

أحوال الجد

(مادة ٥٩٦)

الْجَدُّ الصَّحِيحُ ، وَهُوَ الَّذِي لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُمٌّ كَالأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ إِلَّا فِي الْمَسَائِلِ الآتِيَةِ :

الأُولَى : أَنَّ أُمَّ الأَبِ لَا تَرِثُ مَعَ الأَبِ ، وَتَرِثُ مَعَ الْجَدِّ .

الثَّانِيَةُ : أَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا تَرَكَ الأَبَوَيْنِ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَلِلأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ نَصِيبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الأَبِ جَدٌّ فَلِلأُمِّ ثُلُثُ الْكُلِّ .

الثَّالِثَةُ : أَنَّ الإِخْوَةَ الأَشِقَّاءَ أَوْ لأَبٍ يَسْقُطُونَ مَعَ الأَبِ إِجْمَاعًا ، وَلَا يَسْقُطُونَ مَعَ الْجَدِّ إِلَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

الرَّابِعَةُ : أَنَّ أَبَا الْمُعْتِقِ مَعَ ابْنِهِ يَأْخُذُ السُّدُسَ بِالْوَلَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ، وَلَيْسَ لِلْجَدِّ ذَلِكَ اتِّفَاقًا ، وَيَسْقُطُ الْجَدُّ بِالأَبِ (٣) .

* * *

(١) النساء : ١١ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٠) : إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضًا والباقي بطريق العصوبة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٠) يرث الأب :

أ - سدس التركة فرضًا عند وجود الفرع الوارث المذكر .

ب - سدس التركة فرضًا وما بقي بعد أنصباء أصحاب الفروض بالتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث .

ج - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .

د - الباقي بعد حصص أصحاب الفروض تعصيبًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « الجد والمراد الجد الصحيح كذا في الاختيار شرح المختار ، وهو الذي لا تدخل في نسبته إلى الميت أم كأبي الأب أو أبي أبي الأب ، فإن دخل في نسبته إلى الميت أم فهو فاسد كأبي أم الأب أو كأبي أبي أم الأب أو كأبي أبي أم أبي الأب ، ثم الجد الصحيح كالأب عند عدمه إلا في رد الأم إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب وهو يحجب جميع الإخوة والأخوات عند أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى ، كذا في الكافي » .

....

= **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٤/٣٣ - ٣٥) : « (إذا اجتمع جد) أو أبوه (وإخوة) بكسر الهمزة وضمها (وأخوات) فإن كانوا لأم سقطوا كما مر في فصل الحجب ، وإن كانوا (لأبوين أو لأب) لم يسقطوا به على الصحيح . ثم اعلم أن القول في ميراث الجد مع الإخوة خطير في الفرائض ، ومسائله كثيرة الاختلاف فيما بين الصحابة ﷺ فمن بعدهم وكانوا يحذرون من الخوض فيها ، وورد في حديث : « أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار » قال الدارقطني كما نقله عنه القاضي أبو الطيب : لا يصح رفعه ، وإنما هو عن عمر أو علي ﷺ . وروي عن علي ﷺ أنه قال : من سره أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض في الجد والإخوة ، وعن ابن مسعود ﷺ : سلوني عما شئتم من عصباتكم ، ولا تسألوني عن الجد والإخوة ، لا حياه الله ولا بياه قال الماوردي : وأول من ورث الجد مع الإخوة في الإسلام عمر رضي الله تعالى عنه ، ثم بعد اختلافهم أجمعوا على أن الإخوة لا تسقط الجد .

قال ابن عبد البر : لم يخالف إلا فرقة من المعتزلة ، واختلفوا بعد ذلك على مذهبين : أحدهما : أن الجد بمنزلة الأب فيحجب الإخوة والأخوات ، وهو قول أبي بكر وابن عباس وعائشة وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه يسمى أبًا ؛ ولأنه يأخذ السدس مع الابن وابن الابن كالأب فأسقط الإخوة .

والمذهب الثاني : أنه يشارك الإخوة ، وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وبه قال الأئمة الثلاثة ؛ ولذلك قال المصنف : (فإن لم يكن معهم ذو) أي : صاحب (فرض فله الأكثر من ثلث) جميع (المال ، و) من (مقاسمتهم كأخ) . أما أخذ الثلث فلأن له مع الأم مثلي مالها ، والإخوة لا ينقصونها عن السدس فلا ينقصونه عن مثليه ؛ ولأن الإخوة لا ينقصون أولاد الأم عن الثلث ، فبالأولى الجد لأنه يحجبهم . وأما المقاسمة فلأنه كالأخ في إدلائه بالأب ، وإنما أخذ الأكثر ؛ لأنه قد اجتمع فيه جهتا الفرض والتعصيب فأخذ بأكثرهما . فإن استوى له الأمران ، فالفرضيون يعبرون فيه بالثلث ؛ لأنه أسهل ، ومقتضى التشبيه : أن له مع الأخوات مثل حظ الأنثيين ، وهو كذلك ، والمقاسمة خير له من ثلث المال فيما إذا كانوا دون مثليه ، وذلك في خمس صور : أن يكون مع الجد أخ أو أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ وأخت ، والثلث خير له من المقاسمة فيما إذا زادوا على مثليه ، ولا تنحصر صوره في عدد فيصدق ذلك بخمس أخوات وأخوين وأخت ، أو ثلاث أخوات وأخ ونحو ذلك مما لا ينحصر ، ويستوي له الثلث والمقاسمة في ثلاث صور : أن يكون معه أخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان (فإن أخذ) الجد (الثلث فالباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين كما لو لم يكن معهم جد (وإن كان) معهم ذو فرض يتصور إرثه معهم ، وهو البنات وبنات الابن والأم والجدات والزوجان (فله الأكثر من سدس التركة) ، ومن (ثلث الباقي) بعد الفرض (و) من (المقاسمة) بعد الفرض ، أما السدس : فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد فمع الإخوة أولى ، وأما ثلث الباقي ؛ فلأنه لو لم يكن معه صاحب فرض لأخذ جميع ثلث المال ، فإذا خرج قدر الفرض مستحقًّا أخذ ثلث الباقي وكأن الفرض تلف من المال .

وأما المقاسمة فلما سبق من تنزيله منزلة أخ ، وضابط معرفة الأكثر من الثلاثة أنه إن كان الفرض نصفًا فما دونه ، فالقسمة أغبط إن كان لإخوة دون مثليه ، وإن زادوا على مثليه فثلث الباقي أغبط ، وإن كانوا مثليه =

....

= استويا ، وقد تستوي الثلاثة ، وإن كان الفرض ثلثين ، فالقسمة أغبط إن كان معه أخت وإلا فله السدس ، وإن كان الفرض بين النصف والثلثين كنصف وثمن ، فالقسمة أغبط مع أخت أو أخ أو أختين ، فإن زادوا فله السدس (وقد لا يبقى) بعد الفرض (شيء) للجد (كبنتين وأم وزوج) مع جد وإخوة ، فالمسألة من اثني عشر ، وتعول بسهم بقية فرض من نقص فرضه ، وحينئذٍ (فيفرض له سدس) اثنان (ويزاد في العول) إلى خمسة عشر (وقد يبقى) للجد بعد الفرض (دون سدس : كبنتين وزوج) مع جد وإخوة ، هي من اثني عشر : للبنتين الثلثان ثمانية ، وللزوج الربع ثلاثة ، يبقى للجد سهم (فيفرض له) سدس (وتعال) المسألة بواحد على اثني عشر (وقد يبقى) للجد (سدس : كبنتين وأم) مع جد وإخوة ، هي من ستة : للبنتين أربعة ، وللأم واحد ، ويبقى واحد (فيفوز به الجد وتسقط الإخوة) والأخوات (في هذه الأحوال) الثلاثة لأنهم عصبة ، وقد استغرق المال أهل الفرض (ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب) بالواو بلا ألف قبلها ، بخلاف ما سبق أول الفصل ؛ فإنه معطوف بأو ؛ لأن الكلام هناك فيما إذا كان معه أحدهما ، والكلام هنا في اجتماعهما ، وحينئذٍ (فحكم الجد ما سبق) من خير الأمرين إن لم يكن معه ذو فرض ، وخير الأمور الثلاثة إن كان معه (و) لكن في صورة اجتماعهما (يعد) أي يحسب (أولاد الأبوين) بالرفع بخطه فاعل يعد (عليه) أي : الجد (أولاد الأب) بالنصب بخطه مفعول يعد (في القسمة) أي : يدخلونهم في العدد على الجد إذا كانت المقاسمة خيرًا له (فإذا أخذ) الجد (حصته) وهي الأكثر مما سبق (فإن كان في أولاد الأبوين ذكر) واحد فأكثر معه أنثى فأكثر (فالباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين (وسقط أولاد الأب) ؛ لأن أولاد الأبوين يقولون للجد : كلانا إليك سواء فنزاحمك بإخوتنا ، ونأخذ حصتهم ، كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس والأب يحجبهم ويأخذ ما نقصوا من الأم .

فإن قيل : قياس ذلك أن الأخ من الأم مع الجد والأخ الشقيق أن يقول الجد : أنا الذي أحجبه فأزحمك به وآخذ حصته . أجيب بأن الإخوة جهة واحدة فجاز أن ينوب أخ عن أخ ، والأخوة والجدودة جهتان مختلفتان فلا يجوز أن يستحق الجد نصيب الآخر ، وبأن ولد الأب المعدود على الجد ليس بمحروم أبدًا بل يأخذ قسطًا مما قسم له في بعض الصور كما سيأتي .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٨/٢٠٢ ، ٢٠٣) : « وأحد فروض الجد غير المدلي بأنثى يعني أن الجد أبو الأب يكون السدس أحد فروضه في بعض أحواله بأن يكون معه ابن ، أو ابن ابن أو مع ذي فرض مستغرق ، أو مع الإخوة في بعض الأحوال ، وأما الجد أبو الأم ، فإنه لا يرث عندنا شيئًا بلا خلاف وهو المحترز عنه بقوله غير المدلي بأنثى ثم إن الجد ليس له فروض ، وإنما له فرضان السدس ، أو الثلث فأطلق الجمع على ذلك ويحتمل أن يقال : أراد بالفروض الأحوال .

وله مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب الخير من الثلث أو المقاسمة يعني أن الجد أبا الأب يفرض له مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب إذا لم يكن معهم صاحب فرض الخير أي الأفضل من أحد أمرين الثلث أي : ثلث جميع المال أو المقاسمة ، فالثلث له إذا زاد عدد الإخوة ، أو الأخوات على مثليه والمقاسمة خير له إذا نقص عددهم عن مثليه ، فإن كان عددهم مثليه استوت المقاسمة وثلث جميع المال فيقاسم أخًا واحدًا ، أو أختين ، أو ثلاث أخوات ، أو أخًا وأختًا ، فإن كان في الفريضة أخوان ، أو أربع أخوات استوت المقاسمة مع =

....

= الثلث ، فإن زادت الإخوة عن الاثنين والأخوات عن أربع لم ينقص عن الثلث ، وهذا مما يفترق الأب فيه من الجد ؛ لأن الأب يحجب الإخوة مطلقًا والجد لا يحجب إلا الإخوة للأم دون الأشقاء أو لأب وقد أشار إلى حكمهم بقوله . وعاد الشقيق بغيره ثم رجع كالشقيقة بمالهما لو لم يكن جد يعني لو ترك جدًّا لأب وأخًا شقيقًا ، وإخوة لأب فالشقيق يعد على الجد الإخوة للأب ليمنعه كثرة الميراث ، وسواء كان معهم ذو سهم كأم أو زوجة ، أو لا ، فإذا أخذ الجد حظه رجع الشقيق فأخذ جميع الباقي وأسقط الإخوة لأب ، وكذلك الشقيقة فأكثر تعد على الجد الإخوة للأب لتمنعه كثرة الميراث ، فإذا أخذ الجد حظه رجعت الشقيقة بمالها ، وهو النصف عند انفرادها والثلثان عند تعددها وما فضل بعد ذلك فهو للإخوة للأب كجد وأخت شقيقة وأخ لأب تصح من عشرة ، أصلها من خمسة ، للجد سهمان ؛ لأن المقاسمة فيها أحظ له من الثلث يبقى ثلاثة للأخت منها نصف الجميع سهمان ونصف سهم يبقى للأخ نصف سهم ، فإذا ضرب مقام النصف وهو اثنان في الخمسة حصل عشرة للجد أربعة وهي خمسا المال ، وللأخت خمسة هي نصفه ، وللأخ سهم وهو الفاضل بعد نصفها وكجد وشقيقة وأختين لأب تصح من عشرين ؛ لأن أصلها من خمسة كالتي قبلها ؛ لأن المقاسمة خير للجد ، فله سهمان يبقى ثلاثة أسهم للأخت سهمان ونصف فاضرب مقام النصف وهو اثنان في الخمسة يحصل عشرة للجد أربعة وللأخت النصف خمسة ويبقى واحد للأختين للأب بينهما مناصفة فاضرب اثنين عددهما في العشرة يحصل عشرون ومنها تصح .

وله مع ذي فرض معهما السدس ، أو ثلث الباقي أو المقاسمة يعني أن الجد للأب إذا كان مع ذوي الفروض والإخوة الأشقاء أو لأب فله الأفضل من أحد ثلاثة أشياء ، السدس من رأس المال ، أو ثلث الباقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم ، أو المقاسمة ، فمثال الأول : كزوجة وبنتين وجد وأخ فأكثر ؛ لأن الباقي بعد الفروض خمسة من أربعة وعشرين ثلثها واحد وثلثان وحصته منها إن قاسم الأخ اثنان ونصف فسدس جميع المال ، وهو أربعة أحظ له من المقاسمة وثلث الباقي فيفضل واحد للأخ فأكثر ، ومثال الثاني : كأم وجد وعشرة إخوة ؛ لأن الباقي بعد فرض الأم وهو ثلاثة من ثمانية عشر أحد الأصلين المختلف فيهما خمسة عشر ثلثها خمسة هي أكثر من مقاسمته فيه عشرة إخوة ؛ إذ يحصل بها له سهم واحد وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من سهم ومن سدس الجميع ؛ إذ هو ثلاثة وإنما مثلت بعشرة إخوة ليكون الباقي منقسمًا عليهم ، فلو كانوا غير ذلك مما يزيد على مثليه كان الحكم كذلك ، ومثال الثالث كجد وجدة وأخ ؛ لأن الباقي بعد فرض الجدة ، وهو واحد من ستة : خمسة ، فيخصه بالمقاسمة اثنان ونصف وذلك أكثر من السدس ؛ إذ هو واحد ومن ثلث الباقي ؛ إذ هو واحد وثلثان فتصح من اثني عشر ، وفي بنتين وجد وأخ تستوي المقاسمة ، والسدس وفي أم وجد وأخوين تستوي المقاسمة وثلث الباقي ، وفي زوج وجد وثلاثة إخوة يستوي ثلث الباقي والسدس ، وفي زوج وجد وأخوين تستوي الثلاثة فقوله : معهما أي : الإخوة والأخوات لا حاجة إليه ؛ لأن الكلام في الجد مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، وقوله : أو ثلث الباقي أو مانعة خلو لا مانعة جمع فقد تجتمع الثلاثة ، أو اثنان منها . ولا يفرض لأخت معه إلا في الأكدرية والغراء زوج وجد وأم وأخت شقيقة ، أو لأب فيفرض لها ، وله ثم يقاسمها ، وإن كان محلها أخ لأب ومعه أخوة لأم سقط يعني أن الجد للأب لا يقاسم الأخت ، ولا يقدر أختًا معها إلا في مسألة واحدة وهي التي تعرف بالأكدرية وصورتها تركت المرأة زوجها =

٣٧٦٤ - الجد الصحيح وهو : الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى . قائم مقام الأب عند عدمه ، وهو أبو الأب وإن علا .

٣٧٦٥ - فإذا توفي شخص وترك جدًّا صحيحًا ، ولم يترك أباه بل توفي في حياته ، قام الجد مقام الأب لو كان موجودًا في جميع أحواله ، فيرث بالفرض المطلق أي : الخالي من التعصيب إذا كان للمتوفى فرع وارث مذكر ، ويرث بالفرض والتعصيب إن كان له فرع وارث من الإناث ، ويرث بالتعصيب المحض إذا لم يكن هناك فرع وارث أصلًا .

= وأمها وجدها وأختًا شقيقة أو لأب أصلها من ستة ، للزوج النصف وللأم الثلث يفضل سهم يأخذه الجد ؛ لأنه لا ينقص عن سدس جميع المال ويعال للأخت بثلاثة مثل نصف المسألة فتكون المسألة بعولها من تسعة ، فإذا فرض لها وللجد جميعًا أربعة اقتسماه للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الجد معها كأخ وأربعة من تسعة لا تنقسم على ثلاثة ، ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة عدد الرءوس المنكسر عليها سهامها في أصل المسألة تبلغ سبعة وعشرين ثم يقال : من له شيء من تسعة أخذه مضروبًا في ثلاثة ، فلهما أربعة من تسعة في ثلاثة باثني عشر يأخذ الجد ثمانية ، وتأخذ الأخت أربعة ، وللأم اثنان في ثلاثة بستة ، وللزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة ويلغز بها من وجهين : أحدهما أن يقال : أربعة ورثوا ميتًا أخذ أحدهم ثلث ماله ، وهو الزوج وأخذ الثاني ثلث الباقي ، وهي الأم وأخذ الثالث باقي الباقي وهي الأخت ، وأخذ الرابع الباقي وهو الجد الثاني قال ابن عرفة : بأن يقال ما فريضة أخر قسمها للحمل ، فإن كان أنثى ورثت ، وإن كان ذكرًا لم يرث شيئًا وصورتها كما قد علمت تركت زوجها وجدها وأمها والأم حامل ، قال ابن حبيب : وسميت أكدرية ؛ لأن عبد الملك بن مروان ألقاها على رجل يحسن الفرائض يسمى أكدر فأخطأ فيها فنسبت إليه ، وسماها مالك بالغراء لشهرتها أو لغرور الأخت فيها بفرض النصف ، ولم تأخذ إلا بعضه واحترز بقوله : أخت عما لو كان معه أختان أو أكثر لغير أم ؛ فإنه يأخذ السدس ، ولهما أو لهن السدس ، فلو لم يكن زوج فهي الخرقاء ، ولو لم يكن فيها أم فللزوج النصف والباقي بين الجد والأخت أثلاثًا ؛ لأن المقاسمة أحظ له ، ولو لم يكن فيها جد كانت المباهلة ، ولو لم يكن أخت كانت إحدى الغراوين إذا كان بدل الجد أب ، ولو كان موضع الأخت أخ لأب ، أو شقيق ومعه إخوة لأم اثنان فصاعدًا لم يكن للأخ شيء ؛ لأن الجد يقول له : لو كنت دوني لم ترث شيئًا ؛ لأن الثلث الباقي يأخذه أولاد الأم ، وأنا أحجب كل من يرث من جهة الأم فيأخذ الجد حينئذٍ الثلث كاملًا وتسمى المالكية ، وقال زيد : للأخ للأب السدس قيل ، ولم يخالف مالك زيدًا إلا في هذه المسألة ولو أسقط المؤلف قوله لأب لشمل شبه المالكية حيث كان الأخ شقيقًا لكون الخلاف مع أصحاب مالك ، ولا نص فيها لمالك ، ولا فرق في الأخ للأب بين الواحد والمتعدد لا يقال : الأخ للأب ساقط هنا ، ولو لم يكن معه إخوة لأم ، فلا معنى حينئذٍ لذكرهم لأنا نقول إنما ذكرهم لتكون هي المالكية وللتنبيه على مخالفة زيد فيها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٧٠) : « والجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابه ، ويسقط بالأب ؛ لأنه يدلي به ، فيسقط به ، كالإخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابنه ؛ لكونه يدلي به . وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين ، أو امرأة وأبوين ، فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال ، وباقيه للجد ، بخلاف الأب » .

٣٧٦٦ - فإن تخلل في نسبته إلى الميت أنثى ، كأبي الأم يقال له : جد فاسد . وهذا لا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام ؛ لأن تخلل الأم في النسبة يقطع النسب ، إذ النسب إلى الآباء ، لأن النسب للتعريف والشهرة ، وذلك يكون بالمشهور ، وهو الذكور دون الإناث .

٣٧٦٧ - وإنما قام الجد الصحيح مقام الأب في أحواله المتقدمة ، لأن الجد يسمى : أبا. قال الله تعالى حاكيًا عن سيدنا يوسف عليه الصلاة والسلام : ﴿ وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِيٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ (١) . وكان إسحاق جده وإبراهيم جد أبيه .

٣٧٦٨ - وقال تعالى : ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ ٱلشَّيْطَٰنُ كَمَآ أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ ٱلْجَنَّةِ ﴾ (٢) . وهما آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام .

٣٧٦٩ - وإنما قالوا : يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ؛ لأنه لو كان الأب موجودًا لما ورث الجد شيئًا ، لأن الأب أقرب منه والجد لا ينتسب إلا به ، فلا يرث معه . وإنما يقوم مقامه عند عدمه .

٣٧٧٠ - ولكن يفارق الجد الأب في مسائل أربعة فيما يختص بالميراث ، وإلا فهي كثيرة :

٣٧٧١ - **الأولى** : إذا توفي شخص ، وكان من ضمن ورثته أب وأم أب ، فلا ترث أم الأب معه ، بل هي محجوبة به حجب حرمان ؛ لأنها انتسبت به . ولكن لو كان من ضمن ورثته جد وأم أب ، ورثت معه ؛ لأنها غير مدلية به فلا يحجبها .

٣٧٧٢ - **الثانية** : إذا توفي شخص وترك أحد الزوجين مع الأبوين ، فإن الأم تأخذ الثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين ، وهو في مسألة الزوج سدس ؛ لأن الزوج يستحق النصف في هذه الحالة ، فثلث الباقي سدس . وفي مسألة الزوجة ربع ؛ لأنها تستحق الربع - والحالة هذه - فثلث الباقي ربع ، وهذه المسألة في الحقيقة مسألتان : إحداهما : زوج وأب وأم ، وثانيهما : زوجة وأب وأم .

٣٧٧٣ - ولو كان مكان الأب جد ، بأن توفيت الزوجة عن زوج وأم وجد ، أو توفي الزوج عن زوجة وأم وجد ، أخذت الأم ثلث الكل لا ثلث الباقي .

٣٧٧٤ - **الثالثة** : إذا توفي شخص عن أب وإخوة أشقاء أو لأب ، كانت التركة

---

(١) يوسف : ٣٨ .
(٢) الأعراف : ٢٧ .

كلها للأب ولا شيء للإخوة الأشقاء أو لأب بالإجماع .

٣٧٧٥ - وإذا توفي عن جد وإخوة أشقاء أو لأب ، أخذ كل التركة الجد وحجب الإخوة حجب حرمان عند أبي حنيفة ، وعلى قوله : لا فرق بين الأب والجد في هذه الصورة ؛ لأن كلًّا منهما يحجب الإخوة من الميراث .

٣٧٧٦ - وعند الصاحبين والشافعي يشتركون في استحقاق التركة.

٣٧٧٧ - ففارق الجد الأب في هذه الصورة عندهم أيضًا . ومذهب الإمام هو المعول عليه والمعمول به ، وسنضع لك بابًا إن شاء اللَّه تعالى في كيفية مقاسمة الجد للإخوة .

٣٧٧٨ - الرابعة : إذا توفي شخص معتق - بفتح التاء - عن ابنِ المعتِق - بكسر التاء - وأبي المعتق ، قال أبو يوسف : يأخذ الأب السدس بالولاية والابن الباقي ، وقال الإمام الأعظم ومحمد : لا شيء للأب ، بل الكل للابن بالولاء .

٣٧٧٩ - وإذا توفي شخص معتَق - بفتح التاء - عن ابن المعتق - بكسر التاء - وجد المعتق ، كانت التركة كلها لابن المعتق ولا شيء لجده بالاتفاق .

٣٧٨٠ - وعلى هذا تكون مخالفة الأب للجد في هذه الصورة على مذهب أبي يوسف فقط .

٣٧٨١ - ووجه قول أبي يوسف : أن الولاء كله أثر الملك ، فيلحق بحقيقة الملك . ولو ترك المعتق مالًا ، وترك أبًا وابنًا ، كان لأبيه سدس ماله والباقي لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء .

٣٧٨٢ - ولأبي حنيفة ومحمد : أن الولاء وإن كان أثر الملك ، لكن ليس بمال ، فلا تجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث منه بطريق التعصيب ، فيعتبر الأقرب فالأقرب ، والابن أقرب العصبات فيأخذ الكل ولو جرت فيه سهام الورثة بالفرضية كالمال لكان للنساء نصيب من الولاء بالإرث ولا قائل به ، بل اتفقوا على أنه إذا ترك المعتَق - بفتح التاء ابن المعتِق - بكسرها - وبنت المعتق ، كانت كل التركة لابن المعتق ولا شيء لبنته كما ستعرفه إن شاء اللَّه تعالى في العاصب السببي [1] .

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨٨) أ - الجد الصحيح هو من لا تدخل في نسبته إلى الميت أنثى .

ب - يرث الجد الصحيح :

١ - سدس التركة فرضًا إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر ولم يكن محجوبًا .

=

أحوال أولاد الأم

(مادة ٥٩٧)

أَوْلَادُ الأُمِّ لَهُمْ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :

السُّدُسُ لِلْوَاحِدِ .

وَالثُّلُثُ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا ، ذُكُورُهِمْ وَإِنَاثُهِمْ فِي الْقِسْمَةِ سَوَاءٌ.

وَيَسْقُطُونَ بِـ : الابْنِ ، وَابْنِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَبِالْبِنْتِ ، وَبِنْتِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَبِالأَبِ ، وَالْجَدِّ (١) .

* * *

= ٢ - سدس التركة فرضًا وما يبقى بعد سهام أصحاب الفروض تعصيبًا عند وجود الفرع الوارث المؤنث ولم يكن محجوبًا .

٣ - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .

٤ - الباقي بعد سهام أصحاب الفروض تعصيبًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

ج) يرث الجد الصحيح في حال وجود الإخوة الأشقاء أو لأب :

١ - الأحظ من المقاسمة أو ثلث التركة إذا لم يوجد ذو فرض .

٢ - الأحظ من سدس جميع المال أو المقاسمة أو ثلث الباقي عن أصحاب الفروض .

٣ - في حال وجود الجد مع الصنفين من الإخوة مجتمعين فإن الأشقاء يعادونه بالإخوة لأب على أن لا ينقص نصيبه عن السدس عند وجود ذي فرض أو عن الثلث عند عدم وجود ذي الفرض .

د) يحجب الجد الصحيح بالأب وبكل جد صحيح أقرب منه .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « والثالث - الأخ لأم وله السدس وللاثنين فصاعدًا الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استووا في الثلث » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٧/٤ ، ٢٨) : « (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للأب (ورثوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعدًا الثلثان ، وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب) وانفردوا عن الإخوة والأخوات للأبوين ورثوا كأولاد الصلب (إلا) أي لكن (في المشركة) بفتح الراء المشددة بخطه أي : المشرك فيها بين الشقيق وولدي الأم ، وقيل بكسرها بمعنى فاعلة التشريك (وهي زوج وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعدًا (وأخ لأبوين) فأكثر (فيشارك الأخ) الشقيق ولو كان معه من يساويه من الإخوة والأخوات (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض ، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصوبته ، وتسمى هذه أيضًا =

....

= بالحمارية ؛ لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر ﷺ ، فحرم الأشقاء فقالوا : هب أن أباهم كان حمارًا ألسنا من أم واحدة ، فشرك بينهم ، وفي مستدرك الحاكم أن زيدًا هو القائل : هب أن أباهم كان حمارًا أما زادهم الأب إلا قربًا ، وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه هو القائل ذلك ، وروي أنه قضى بها مرة فلم يشرك ، ثم قضى في العام الثاني فشرك فقيل : إنك أسقطته في العام الماضي فقال : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي . وتسمى المنبرية ؛ لأنه سئل عنها وهو على المنبر ، وروي : هب أن أبانا كان حجرًا ملقى في اليم ، فعلى هذا تسمى الحجرية واليمية . وأصل المسألة ستة ، وتصح من ثمانية عشر إذا لم يكن مع الأخ من يساويه ، فإن كان معه أخت صحت من اثني عشر ، ولا تفاضل بينه وبينها (ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخ لأب سقط) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أم يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب فرض لها النصف وعالت ، ولو كانتا اثنتين فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان وأعيلت ، ولو كان معهن أخ لأب سقط وأسقطهن ؛ ولذلك سمي هذا الأخ المشئوم ، ولو كان بدل الشقيق أخت شقيقة فرض لها النصف أو ثنتان فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان أو خنثى شقيق فبتقدير ذكورته هي المشركة ، وتصح من ثمانية عشر كما مر ، وبتقدير أنوثته تعول إلى تسعة وبينهما تداخل ، فيصحان من ثمانية عشر ، وإلا ضر في حقه ذكورته وفي حق الزوج والأم أنوثته ، ويستوي في حق ولدي الأم الأمران ، فإذا قسمت يفضل أربعة موقوفة بينه وبين الزوج والأم ، فإن كان أنثى أخذها أو ذكرًا أخذ الزوج ثلاثة والأم واحدًا (ولو اجتمع الصنفان) من الإخوة لأبوين والإخوة لأب (فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنه) فإن كان من أولاد الأبوين ذكر ، ولو مع أنثى حجب أولاد الأب أو أنثى ، فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يكن من ولد الأب إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس تكملة الثلثين ، وإن كان ولد الأبوين اثنتين فأكثر فلهما ، أو لهن الثلثان ، والباقي لولد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، ولا شيء للإناث الخلص منهما مع الأختين لأبوين فأكثر (إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجتهن أو أسفل) منهن كما مر (والأخت لا يعصبها إلا أخوها) لا ابن الأخ ولا ابن العم ، فلو خلف شخص أختين لأبوين وأختًا لأب وابن أخ لأب فللأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يعصب الأخت ؛ لأنه لا يعصب أخته فلا يعصب عمته ، وأيضًا ابن الابن يسمى ابنًا حقيقة أو مجازًا وابن الأخ لا يسمى أخًا ، وسكت المصنف عما لو اجتمع أخ لأبوين ولأب ولأم ، وحكمهم أن للأخ للأم السدس ، والباقي للشقيق ولا شيء للأخ للأب ، فإن كان الجميع إناثًا كان للشقيقة النصف وللتي للأب السدس تكملة الثلثين وللتي للأم السدس (وللواحد من الإخوة أو الأخوات لأم السدس ، ولاثنين) منهم (فصاعدًا الثلث سواء ذكورهم وإناثهم) بالإجماع ؛ ولأنهم يشتركون بالرحم فاستووا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث ، وبهذا فارقوا الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنهم يرثون بالعصوبة .

تنبيه : قال الفرضيون : أولاد الأم يخالفون بقية الورثة في خمسة أشياء : أحدها : ذكرهم يدلي بأنثى ويرث . ثانيها : يحجبون من يدلون به حجب نقصان . ثالثها : يرثون مع من يدلون به . رابعها : تقاسمهم بالسوية . خامسها : ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٨/٨ ، ١٩٩) : « من ذي النصف الزوج وبنت وبنت ابن ، إن لم =

....

= تكن بنت وأخت شقيقة أو لأب إن لم تكن شقيقة ذكر أصحاب الفروض يتضمن ضبطها فتركها اختصارًا منهم الزوج مع عدم الولد ذكرًا ، أو أنثى ، أو ولد الولد كذلك ، وإن سفل ، سواء كان الولد منه ، أو من غيره بشرط أن يكون وارثًا لا كعبد ؛ لأن من لا يرث لا يحجب وارثًا إلا الإخوة للأم ، فإنهم يحجبون الأم إلى السدس ، ولا يرثون مع الأب كما يأتي ومنهم بنت الصلب ، فإنها تأخذ النصف إذا انفردت ، ومنهم بنت الابن تستحق النصف عند عدم البنت إجماعًا إذا انفردت ، ومنهم الأخت الشقيقة تستحق النصف عند عدم البنت إجماعًا إذا انفردت ، ومنهم الأخت للأب تستحق النصف إذا انفردت ، وأما إذا كان معها شقيقة فلها السدس تكملة الثلثين كما يأتي وعصب كلًّا أخ يساويها يعني أن النساء اللاتي تقدم ذكرهن ، وهن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي للأب يعصب كل واحدة منهن أخوها الذي في درجتها بأن كانا شقيقين أو لأب فيأخذ الذكر سهمين والأنثى سهمًا تعصيبًا ، فلو لم يساوها كالأخ للأب مع الشقيقة ، فإنه لا يعصبها بل تأخذ فرضها وما فضل فهو له تعصيبًا . والجد والأوليان الأخريين كذا في بعض النسخ وهو الصواب أي وعصب الجد والبنت وبنت الابن ، الأخت الشقيقة ، والأخت للأب فالأوليان تثنية أولى ، وهما البنت وبنت الابن ، والأخريان تثنية أخرى وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فهمزتهما مضمومة والياء فيهما قبل العلامة منقلبة عن ألف التأنيث » .

قول الحنابلة : جاء في المغني ١٧٤/٦، ١٧٥ : « (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأم وأخت لأب وأم وأخوات لأب ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة وللأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية ، وللأخت من الأب والأم النصف ، وللأخوات من الأب السدس) أما التسوية بين ولد الأم ، فلا نعلم فيه خلافًا ، إلا رواية شذت عن ابن عباس ، أنه فضل الذكر على الأنثى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾ . وقال في آية أخرى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۗ ﴾ .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُۚ ﴾ . فسوى بين الذكر والأنثى ، وقوله : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾ . من غير تفضيل لبعضهم على بعض ، يقتضي التسوية بينهم ، كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به ، وأما الآية الأخرى ، فالمراد بها ولد الأبوين ، وولد الأب ، بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين ، وجعل الأخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه فلا عبرة بقول شاذ ، وتوريث ولد الأم هاهنا الثلث والأم السدس والزوج النصف ، تسمية لا خلاف فيها أيضًا .

وقد اجتمع في هذه المسألة فروض يضيق المال عنها ، فإن النصف للزوج ، والنصف للأخت من الأبوين ، يكمل المال بهما ، ويزيد ثلث ولد الأم ، وسدس الأم ، وسدس الأخت من الأب ، فتعول المسألة بثلثيها ، وأصلها من ستة أسهم ، فتعول إلى عشرة ، وتسمى أم الفروخ ؛ لكثرة عولها ، شبهوا أصلها بالأم ، وعولها بفروخها ، وليس في الفرائض مسألة تعول بثلثيها سوى هذه وشبهها ، ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعدًا ، من ولد الأم ، وأم أو جدة ، واثنين من ولد الأبوين ، أو الأب ، أو إحداهما من ولد الأبوين ، والأخرى من ولد الأب ، فمتى اجتمع فيها هذا ، عالت إلى عشرة ، ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها ، كهذه المسألة ، فيدخل النقص عليهم كلهم ، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم ، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص ؛ لضيق ماله عن وفائهم ، ومال الميت بين أرباب الديون إذا لم يف لها ، =

٣٧٨٣ - الولد لغة وشرعًا يطلق على المذكر والمؤنث ، والابن خاص بالمذكر ، والبنت بالمؤنث ، وإن كان العرف لا يطلق الولد إلا على المذكر .

٣٧٨٤ - فأولاد الأم سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا لهم أحوال ثلاث :

= والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها .

وهذا قول عامة الصحابة ، ومن تبعهم من العلماء ﷺ ، يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، والعباس ، وابن مسعود ، وزيد . وبه قال مالك في أهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، وأصحابه ، وإسحاق ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وسائر أهل العلم ، إلا ابن عباس ، وطائفة شذت يقل عددها . نقل ذلك عن محمد ابن الحنفية ، ومحمد ابن علي بن الحسين ، وعطاء ، وداود ؛ فإنهم قالوا : لا تعول المسائل روي عن ابن عباس ، أنه قال ، في زوج ، وأخت ، وأم : من شاء باهلته أن المسائل لا تعول ، إن الذي أحصى رمل عالج عددًا أعدل من أن يجعل في مال نصفًا ، ونصفًا ، وثلثًا ، هذان نصفان ذهبا بالمال ، فأين موضع الثلث ؟ فسميت هذه المسألة مسألة المباهلة لذلك ، وهي أول مسألة عائلة حدثت في زمن عمر ﷺ ؛ فجمع الصحابة للمشورة فيها ، فقال العباس : أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم . فأخذ به عمر ، ﷺ واتبعه الناس على ذلك ، حتى خالفهم ابن عباس ، فروى الزهري ، عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة ، قال : لقيت زفر بن أوس البصري ، فقال : نمضي إلى عبد الله بن عباس نتحدث عنده ، فأتيناه ، فتحدثنا عنده ، فكان من حديثه ، أنه قال : سبحان الذي أحصى رمل عالج عددًا ، ثم يجعل في مال نصفًا ، ونصفًا ، وثلثًا ، ذهب النصفان بالمال ، فأين موضع الثلث ، وايم الله ، لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر الله ، ما عالت فريضة أبدًا ، فقال زفر : فمن الذي قدمه الله ؟ ومن الذي أخره الله ؟ فقال : الذي أهبطه من فرض إلى فرض ، فذلك الذي قدمه الله ، والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي ، فذلك الذي أخره الله .

فقال زفر : فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال : عمر بن الخطاب . فقلت : ألا أشرت عليه ، فقال : هبته ، وكان امرأ مهيبًا . قوله : من أهبطه من فريضة إلى فريضة ، فذلك الذي قدمه الله . يريد أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض ، ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه ، وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي ، يريد البنات والأخوات ، فإنهن يفرض لهن ، فإذا كان معهن إخوتهن ، ورثوا بالتعصيب ، فكان لهم ما بقي ، قل أو كثر ، فكان مذهبه ، أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات .

ولنا : أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه ، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق ، كأصحاب الديون والوصايا ؛ ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف ، كما فرض للزوج النصف ، وفرض للأختين الثلثين ، كما فرض الثلث للأختين من الأم ، فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم ، مع نص الله تعالى عليه ، بالرأي والتحكم ، ولم يمكن الوفاء بها ، فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق ، كالوصايا ، والديون ، وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج ، وأم ، وأخوان من أم ، فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الإخوة ، وإن نقص الأخوين من الأم ، رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض إلى ما بقي ، وإن أعال المسألة ، رجع إلى قول الجماعة . وترك مذهبه ، ولا نعلم اليوم قائلًا بمذهب ابن عباس ، ولا نعلم خلافًا بين فقهاء الأمصار في القول بالعول ، بحمد الله ومَنّه » .

٣٧٨٥ - **الحالة الأولى** : استحقاق السدس للواحد منهم ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا .

٣٧٨٦ - فإذا توفي شخص وترك أخًا أو أختًا لأم ، وليس من ضمن الورثة فرع وارث مطلقًا ولا أصل وارث مذكر ، استحق السدس .

٣٧٨٧ - **الحالة الثانية** : استحقاق الثلث للاثنين فأكثر ، سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا أو منهما ، وفي القسمة لا يفضل مذكرهم على مؤنثهم .

٣٧٨٨ - فإذا توفي شخص عن أخوين أو أختين لأم أو أكثر بالشرط المتقدم في الحالة الأولى ، استحقا الثلث ويعطى منه للمذكر مثل ما للمؤنث عند الاختلاط .

٣٧٨٩ - **الحالة الثالثة** : عدم استحقاقهم شيئًا ، وذلك عند وجود الفرع الوارث مطلقًا ، أي : سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، والأصل الوارث المذكر فالفرع الوارث هو : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ، والأصل الوارث المذكر هو : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، فالأم أو الجدة لا تؤثر على أولاد الأم في الميراث .

٣٧٩٠ - فإذا توفي شخص عن أخوين أو أختين لأم وابن أو ابن ابن ، أو بنت ، أو بنت ابن ، أو أب ، أو أبي أب ، فلا يستحق أولاد الأم شيئًا من التركة .

٣٧٩١ - وإنما كان حكمهم ما تقدم ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾ (١) . والكلالة : هي عدم وجود الولد والوالد ، لقوله تعالى : ﴿ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِۚ إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ (٢) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « **الكلالة من ليس له ولد ولا والد** » (٣) .

٣٧٩٢ - وولد الابن داخل في الولد ، لقوله تعالى: ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ (٤) .

٣٧٩٣ - والجد داخل في الوالد ، لقوله تعالى : ﴿ كَمَآ أَخۡرَجَ أَبَوَيۡكُم مِّنَ ٱلۡجَنَّةِ ﴾ (٥) .

٣٧٩٤ - فلا إرث لأولاد الأم مع هؤلاء بالآية والحديث .

٣٧٩٥ - ثم لفظ الكلالة في الأصل بمعنى : الإعياء وذهاب القوة ، ثم استعيرت

---

(١) النساء : ١٢ . (٢) النساء : ١٧٦ .

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٩١٩٢) من قول عمرو بن شرحبيل .

(٤) الأعراف : ٢٦ . (٥) الأعراف : ٢٧ .

لقرابة من عدا الولد والوالد ، كأنها كلالة ضعيفة بالقياس إلى قرابة الوِلَاد .

٣٧٩٦ - ويطلق أيضًا على من لم يخلف ولدًا ولا والدًا ، وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلَّفين (١) .

أحوال الزوج

(مادة ٥٩٨)

الزَّوْجُ لَهُ حَالَتَانِ :

النِّصْفُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ .

وَالرُّبُعُ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ (٢) .

* * *

٣٧٩٧ - الزوج له حالتان :

٣٧٩٨ - **الحالة الأولى** : استحقاق النصف ، بشرط عدم الفرع الوارث مطلقًا ، وهو كما عرفت : الابن ، وابن الابن وإن سفل ، والبنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾ (٣) . والولد يشمل : المذكر والمؤنث ، وولد الابن ولد على ما عرفته غير مرة .

٣٧٩٩ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وورثة أخر ليس فيهم فرع وارث ، استحق الزوج النصف .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٤) : يحجب أولاد الأم و الأب وبالجد العصبي وإن علا وبالولد وولد الابن وإن نزل .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٢) أ - يرث أولاد الأم فرضًا :

١ - السدس ، إذا كان منفردًا ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر .

٢ - الثلث ، إذا كانوا أكثر من واحد ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر، ويقسم بينهما بالتساوي ، للأنثى مثل حظ الذكر .

ب - يحجب أولاد الأم من الميراث عند وجود الفرع الوارث مطلقًا وإن نزل أو الأصل الوارث المذكر وإن علا .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٥٠) : « للزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والربع مع الولد أو ولد الابن كذا في الاختيار شرح المختار » .

(٣) النساء : ١٢ .

٣٨٠٠ - **الحالة الثانية** : استحقاق الربع ، بشرط وجود الفرع الوارث ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ (١) .

٣٨٠١ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وفرع وارث ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، فلا يستحق الزوج إلا الربع (٢) .

أحوال الزوجة أو الزوجات

(مادة ٥٩٩)

الزَّوْجَةُ أَوِ الزَّوْجَاتُ لَهُنَّ حَالَتَانِ :
الرُّبُعُ لِوَاحِدَةٍ أَوْ أَكْثَرَ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ.
وَالثُّمُنُ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ (٣) .

* * *

٣٨٠٢ - للزوجة أو الأكثر حالتان :

٣٨٠٣ - **الأولى** : الربع ، بشرط عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ﴾ (٤) . والمراد بالولد : الفرع الوارث ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا .

٣٨٠٤ - فمتى توفي الزوج وترك زوجته وليس له فرع وارث ، سواء كان منها أو من غيرها ، استحقت الربع ولو كان معها كثيرون من الورثة .

٣٨٠٥ - **الحالة الثانية** : الثمن إذا وجد فرع وارث مطلقًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ (٥) . فمتى وجد الفرع الوارث

---

(١) النساء : ١٢ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٧٦) يرث الزوج فرضا :
أ - نصف التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .
ب - ربع التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقًا .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٥٠) : « وللزوجة الربع عند عدمهما والثمن مع أحدهما ، والزوجات والواحدة يشتركن في الربع والثمن وعليه الإجماع ، كذا في الاختيار شرح المختار » .

(٤، ٥) النساء : ١٢ .

للزوج ، فلا تستحق الزوجة أو الزوجات إلا الثمن ، ولو لم يوجد غيره من الورثة ، فاستحقاق الزوجة على النصف من استحقاق الزوج كما هو الشأن في كل مذكر ومؤنث اتفقا في صفة واحدة ، إلا أولاد الأم ؛ فإن مذكرهم كمؤنثهم في الاستحقاق والقسمة .

٣٨٠٦ - وإنما اشتركن في الربع أو الثمن إذا زدن عن واحدة ؛ لئلا يلزم الإجحاف ببقية الورثة ؛ لأنه لو أعطي لكل واحدة منهن ربعًا يأخذن الكل إذا ترك أربع زوجات بلا ولد ، والنصف مع الولد (١) .

أحوال البنات الصلبية

(مادة ٦٠٠)

الْبَنَاتُ الصُّلْبِيَّاتُ لَهُنَّ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :
النِّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ إِذَا انْفَرَدَتْ .
وَالثُّلُثَانِ لِلاثْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا .
وَمَعَ الابْنِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَهُوَ يُعَصِّبُهُنَّ (٢) .

* * *

٣٨٠٧ - بنات الصلب لهن أحوال ثلاث :

٣٨٠٨ - **الأولى** : النصف للواحدة إذا انفردت ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾ (٣) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٧٧) أ) ترث الزوجة فرضًا :
١ - ربع التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .
٢ - ثمن التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقًا .
ب) إذا تعددت الزوجات فيقسم الفرض بينهن بالتساوي .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « البنت لها النصف إذا انفردت ، وللبنتين فصاعدًا الثلثان ، كذا في الاختيار شرح المختار وإذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الأنثيين ، كذا في التبيين » .

(٣) النساء : ١١ .

٣٨٠٩ - فمتى كان للمتوفي بنت واحدة ، استحقت النصف ، ولا يؤثر عليها غيرها من الورثة الموجودين معها .

٣٨١٠ - **الثانية** : الثلثان للأكثر من الواحدة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ (١) .

٣٨١١ - فإذا توفي شخص وترك بنتين أو أكثر ، استحقتا الثلثين ولا يزاحمهما غيرهما في هذا الاستحقاق .

٣٨١٢ - وهذا قول عامة الصحابة رضي اللّٰه تعالى عنهم ، وهو المعمول به الآن في كافة الأمصار .

٣٨١٣ - وعن ابن عباس رضي اللّٰه تعالى عنهما : أنه جعل حكم البنتين منهن حكم الواحدة ، فجعل لهما النصف للآية المتقدمة ؛ فإنه علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء ، وهو جمع وصرح بقوله : ﴿ فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ ﴾ . وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى : ﴿ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . والمعلق على شرط لا يثبت بدونه ؛ ولأن اللّٰه تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن ، وهو يستحق النصف ، وحظ الذكر مثل حظ الانثيين ، فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد .

٣٨١٤ - وللجمهور : ما روي عن جابر أنه قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول اللّٰه صلى اللّٰه تعالى عليه وسلم بابنتيها من سعد ، فقالت : يا رسول اللّٰه ، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد ، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالًا . فقال : « **يقضي اللّٰه في ذلك** » . فنزلت آية الميراث ، فقال : « **أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأمهما الثمن ، وما بقي فهو لك** » (٢) . فعرفنا حكم الجمع بالكتاب ، وحكم المثنى بالسنة ؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه .

٣٨١٥ - **الحالة الثالثة** : الإرث بالتعصيب مع الابن ، سواء كانت واحدة أو أكثر ، فليس لهن شيء مقدر في هذه الحالة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ (٣) .

٣٨١٦ - فإذا توفي شخص عن بنين وبنات ، كان للابن مثل حظ الأنثيين . فإن لم يوجد معهم أحد من الورثة ، قسموا التركة بينهم على هذه النِسبة . وإن وجد ؛ فإن

---

(١) النساء : ١١ .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) النساء : ١١ .

كان محجوبًا بهم ، فلا يأخذ شيئًا ، وقسموا التركة كما سبق كالإخوة والأخوات مطلقًا . وإن لم يكن محجوبًا ، أخذ فرضه ، واقتسموا الباقي بينهم ؛ كالزوج والأب والأم أو الجدة والزوجة (١) .

أحوال بنات الابن وإن سفل

(مادة ٦٠١)

بَنَاتُ الابْنِ كَبَنَاتِ الصُّلْبِ ، وَلَهُنَّ أَحْوَالٌ سِتٌّ :

النِّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ إِذَا انْفَرَدَتْ .

وَالثُّلُثَانِ لِلاثْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا عِنْدَ عَدَمِ بَنَاتِ الصُّلْبِ .

وَلَهُنَّ السُّدُسُ مَعَ الْوَاحِدَةِ الصُّلْبِيَّةِ تَكْمِلَةً لِلثُّلُثَيْنِ .

وَلَا يَرِثْنَ مَعَ الْبَنَاتِ الصُّلْبِيَّاتِ ثِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا .

- إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِحِذَائِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ غُلَامٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ وَيَكُونُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ .

وَيَسْقُطْنَ بِالابْنِ بِخِلَافِ بَنَاتِ الصُّلْبِ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٧٩) أ - ترث البنت فرضًا :

١ - نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة ولم يكن معها ابن .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن ابن .

ب - ترث البنت تعصيبًا للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان معها أو معهن ابن أو أبناء في درجتها .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « بنت الابن ، فللواحدة النصف ، وللثنتين فصاعدًا الثلثان ، فهن كالصلبيات عند عدم ولد الصلب ، كذا في الاختيار شرح المختار فإن اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان في أولاد الصلب ذكر فلا شيء لأولاد الابن ذكورًا كانوا أو إناثًا أو مختلطين ، فإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ولا في أولاد الابن ذكر ، فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف ولبنات الابن السدس واحدة كانت أو أكثر من ذلك ، وإن كانت ابنة الصلب ثنتين فلهما الثلثان ، ولا شيء لبنات الابن وإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ، وكان في أولاد الابن ذكر فإن انفرد الذكور من أولاد الابن فالباقي بعد نصيب البنات لهم نصفًا كان أو ثلثًا ؛ فإن اختلط الذكور بالإناث من أولاد الابن فنقول : إن كانت بنات الصلب ثنتين فصاعدًا فلهن الثلثان والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد رضي الله تعالى عنهما ، وهو قول جمهور العلماء - رحمهم الله تعالى - فإن كانت ابنة الصلب واحدة ، فلها =

....

= النصف والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين . كذا في المبسوط » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٩/٨) : « وحجبها ابن فوقها وبنتان فوقها إلا الابن في درجتها مطلقًا ، أو أسفل فمعصب الضمير في حجبها يرجع لبنت الابن ، والمعنى أن بنت الابن والمراد بها الجنس تحجب بابن فوقها بأن ترك ابنه وبنت ابنه مثلًا وتحجب أيضًا ببنتين فوقها بأن ترك بنتين وبنت ابن إلا أن يكون مع بنت الابن ابن ابن في درجتها أو أسفل منها ، فإنه يعصبها ، أو يعصبهن ، سواء كان أخاها ، أو ابن عمها لكن من في درجتها يعصبها ، أو يعصبهن ، سواء لم يفضل لها ، أو لهن شيء من الثلثين كابنتين مع بنت ابن وابن ابن ، أو فضل لها ، أو لهن كبنت وبنت ابن وابن ابن ، وسواء كان أخاها أو ابن عمها ، وأما من هو أسفل منها بدرجة فيعصبها أو يعصبهن إن لم يكن لها أو لهن في الثلثين شيء بأن كان هناك ابنتان فأكثر ، وأما إن فضل لها ، أو لهن من الثلثين شيء كبنت وبنت ابن وابن ابن ابن ، فإنها تأخذ السدس تكملة الثلثين ، ويأخذ ابن الابن الباقي تعصيبًا ، وهذا يرشد إليه لفظ المؤلف إذ هما إذا كانا في درجة واحدة لا يتميز كل منهما عن الآخر ، وأما إذا كان أسفل منها ، فإن كان لها في الثلثين شيء فهي غنية ، ولا تحتاج له إلا إذا لم يكن لها في الثلثين شيء » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٥/٦ ، ١٦٦) : « (وبنات الابن بمنزلة البنات ، إذا لم يكن بنات) أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن ، وحجبهن لمن يحجبه البنات ، وفي جعل الأخوات معهن عصبات ، وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن بنات الابن ، وغير ذلك .
والأصل في ذلك قول الله ﷻ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . وولد البنين أولاد ؛ قال الله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ . وقال : ﴿ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

(فإن كن بنات وبنات ابن ، فللبنات الثلثان ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين) أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان ، إلا رواية شاذة عن ابن عباس ، أن فرضهما النصف ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان . والصحيح قول الجماعة ، فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » ، وقال الله تعالى في الأخوات : ﴿ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ .
وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين ؛ لأنهما أقرب ؛ ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان ، كالأخوات من الأبوين ، والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ، كولد الأم ، والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد ، فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان ، وأنه ثابت بقول الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ .
واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير : فإن كن نساء اثنتين ، وفوق صلة ، كقوله : ﴿ فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ ﴾ . أي اضربوا الأعناق . وقد دل على هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه =

٣٨١٧ - بنات الابن لهن أحوال ست :

٣٨١٨ - **الأولى** : النصف للواحدة إذا انفردت عن البنت الصلبية .

٣٨١٩ - فإذا توفي شخص وترك بنت ابن أو بنت ابن ابن ، ولم يترك بنتًا في المثال الأول أو بنت ابن في المثال الثاني ، أخذت بنت الابن في المثال الأول وبنت ابن الابن في المثال الثاني النصف لا يزاحمهما فيه غيرهما .

٣٨٢٠ - **الحالة الثانية** : الثلثان إذا كانتا اثنتين فأكثر إذا لم يوجد معهما بنت صلبية .

٣٨٢١ - فإذا توفي شخص عن بنتي ابن ، ولم يترك بنتًا صلبية ، أخذتا الثلثين .

٣٨٢٢ - **الحالة الثالثة** : تعصيبهن بابن الابن ، فله ضعف ما للأنثى .

= الآية ، أرسل إلى أخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » . وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية ، وبيان لمعناها ، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتًا بالمفسر لا بالتفسير . ويدل على ذلك أيضًا أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع ، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما . وقيل : بل ثبت بهذه السنة الثابتة . وقيل : بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه . وقيل : بل ثبت بالإجماع . وقيل : بالقياس . وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها ، فلا يضرنا أيها أثبته . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين ، سقط بنات الابن ، ما لم يكن بإزائهن ، أو أسفل منهن ذكر يعصبهن ؛ وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين ، قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، فلم يبق لهن شيء ، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب ؛ لأنهن دون درجتهن ، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن ، كأخيهن ، أو ابن عمهن ، أو أنزل منهن كابن أخيهن ، أو ابن ابن عمهن ، أو ابن ابن ابن عمهن ، عصبهن في الباقي ، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي ، وزيد ، وعائشة ﵃ . وبه قال مالك ، والثوري ، والشافعي ﵃ وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ، ومن تبعه ؛ فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداهن ، فجعل الباقي للذكر دون أخواته . وهو قول أبي ثور ؛ لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين ؛ بدليل ما لو انفردن ، وتوريثهن هاهنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك .

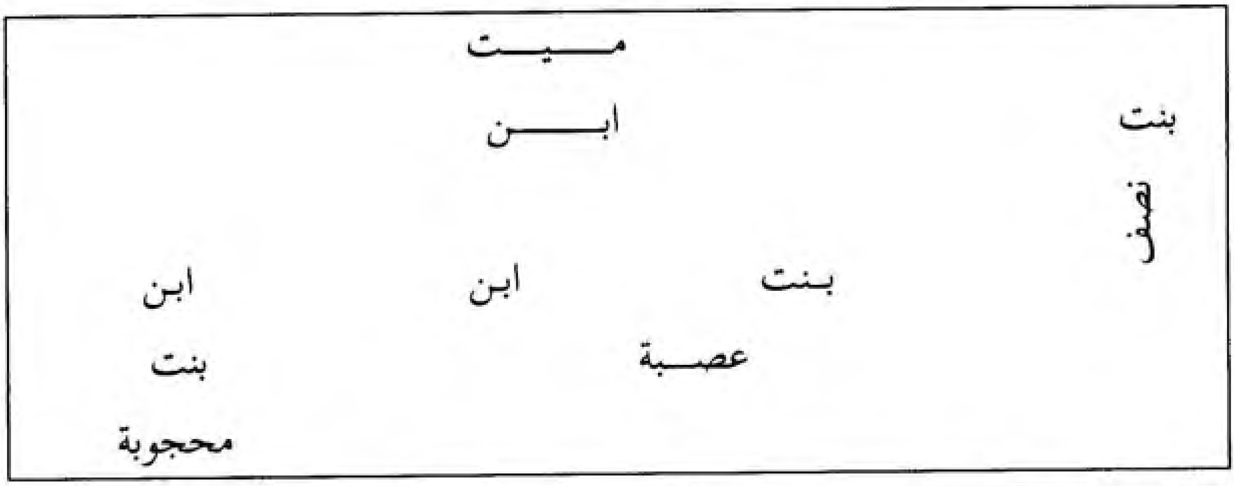
ولنا : قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ ؛ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات . وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ؛ ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض ، يجب أن يقتسما الفاضل عنه ، كأولاد الصلب ، والإخوة مع الأخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض . فأما في مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب ، فكان معتبرًا بأولاد الصلب ، والإخوة والأخوات ثم ، ويبطل ما ذكروه بما إذا خلف ابنا وست بنات ، فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال . وإن كن ثمانيا ، أخذن أربعة أخماسه . وإن كن عشرًا ، أخذن خمسة أسداسه . وكلما زدن في العدد ، زاد استحقاقهن » .

٣٨٢٣ - **الحالة الرابعة** : استحقاقهن السدس إذا وجدت أو وجدن مع البنت الواحدة الصلبية .

٣٨٢٤ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن أو بنات ابن ، أخذت الصلبية النصف وبنت الابن أو الأكثر السدس تكملة للثلثين ؛ لقول ابن مسعود رضي اللّٰه تعالى عنه في بنت وبنت ابن وأخت : سمعت رسول اللّٰه صلى اللّٰه تعالى عليه وسلم يقول : « **للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والباقي للأخت** » (١) . وقوله : « **تكملة للثلثين** » . دليل على أنهن يدخلن في لفظ الأولاد ؛ لأن اللّٰه تعالى جعل للأولاد الإناث ثلثين ، فإذا أخذت الصلبية النصف بقي سدس ، فيعطي لها تكملة لذلك . فلولا أنهن دخلن في الأولاد وفرضهن واحد ، لما صار تكملة له ، إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فتفضل عليهن بالنصف .

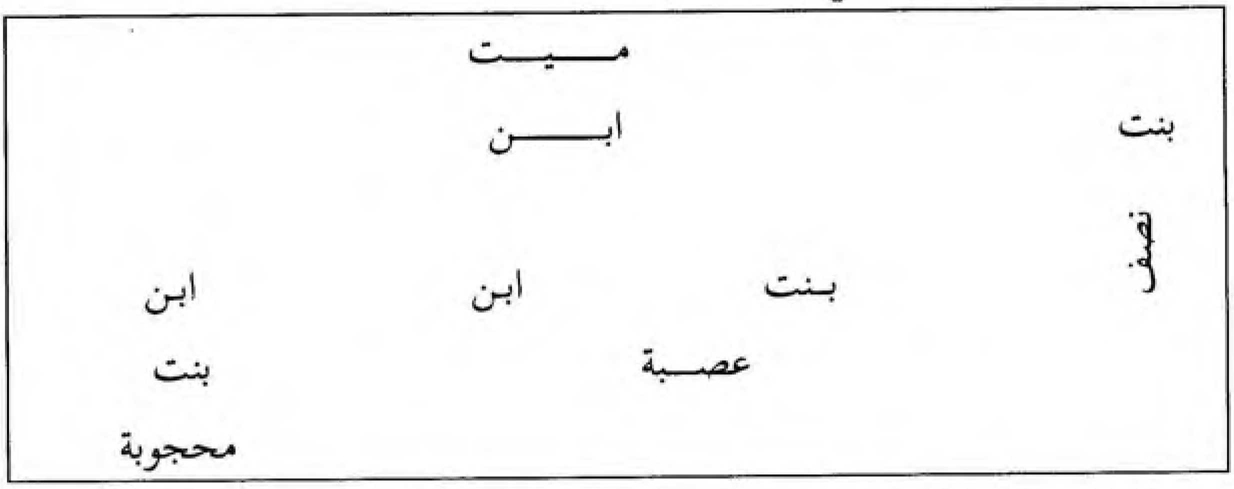
٣٨٢٥ - ومحل أخذهن الفروض المتقدمة إذا لم يكن معهن مذكر . فإن وجد ورثن معه بالتعصيب ، ويكون للمذكر ضعف ما للمؤنث ، ولا فرق بين أن يكون المذكر الذي في درجة بنت الابن أخاها أو ابن عمها ، ويحجب من هي أنزل منه درجة .

٣٨٢٦ - فيكون أخاها إذا خلف شخص بنتًا وابنًا وخلف الابن بنتًا وابنين ، وخلف أحد الابنين بنتًا ، ومات الابن في حياة أبيه ، وكذلك ابنه الذي خلف بنتًا ، ثم مات الأكبر عن بنت وبنت ابن وابن ابن هما أخوان وعن بنت ابن ابن ، أخذت البنت النصف ، والباقي لابن الابن وبنت الابن بالتعصيب ، ولا شيء لبنت ابن الابن ؛ لأنها محجوبة بابن الابن ويوضح ذلك ما في هذه الصورة .



(١) صحيح البخاري (كتاب : الفرائض / باب : ميراث ابنة الابن مع بنت / ٦٧٣٦) ، وسنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول اللّٰه / باب : ما جاء في ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب / ٢٠٩٣) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : ما جاء في ميراث الصلب / ٢٨٩٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : فرائض الصلب / ٢٧٢١) .

٣٨٢٧ - ويكون ابن عمها إذا خلف شخص بنتًا وابنين وخلف أحد الابنين بنتًا ، والآخر خلف ابنين وأحدهما خلف بنتًا ومات بعضهم في حياته ثم مات هو عن بنت وبنت ابن وأحد ابني الابن الآخر وعن بنت ابن الابن ، أخذت البنت النصف وبنت الابن وابن الابن الذي هو ابن عمها يأخذان الباقي بالتعصيب ، وبنت ابن الابن محجوبة بابن الابن كما في هذه الصورة .



٣٨٢٨ - ففي هاتين الصورتين يعصب من كانت بحذائه بدون شرط وهي أخته في الصورة الأولى وبنت عمه في الثانية ، فلهم الباقي بعد نصف الصلبية للذكر مثل حظ الأنثيين .

٣٨٢٩ - وحيث إن الإرث بالتعصيب في هذه الحالة ، فيسقطن معه لو استغرقت الفروض التركة ؛ كما إذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وأب وبنت وبنت ابن وابن ابن ؛ فأصل المسألة على ما عرفت في كيفية استخراج المسائل اثنا عشر : للزوج الربع ثلاثة وللأم السدس اثنان ، وللأب السدس اثنان أيضًا ، وللبنت النصف ستة ، فقد عالت المسألة إلى ثلاثة عشر ، وسقطت بنت الابن وابن الابن .

٣٨٣٠ - ولو فقد ابن الابن لكان لبنت الابن السدس تكملة للثلثين وهو اثنان ، فتعول المسألة إلى خمسة عشر ، فهو من أفراد القريب المشئوم الذي لولاه لورثت الأنثى ولا يكون إلا في درجتها .

٣٨٣١ - **الحالة الخامسة** : سقوطهن بالصلبيتين فأكثر .

٣٨٣٢ - فإذا توفي شخص عن بنتين وبنات ابن ، فلا شيء لهن ، بل الكل للبنتين فرضًا وردًّا إذا لم يوجد من أصحاب الفروض من يستحق معهما . فإن وجد أخذ فرضه ، فإن بقي شيء يرد عليهما ، وهذا يختلف باختلاف الورثة الموجودين معهما .

٣٨٣٣ - ولكن سقوطهن في هذه الحالة مقيد بما إذا لم يكن معهن معصب ؛ فإن وجد ، أخذن معه بالتعصيب ، سواء كان في درجتهن أو سفل منهن .

٣٨٣٤ - فإذا كان في درجتهن فلا فرق بين كونه أخاهن أو ابن عمهن كما عرفت نظيره فيما تقدم ، وإن كان أسفل منهن فلا فرق بين أن يكون ابن أخيهن أو ابن ابن عمهن فيعصب في هذه الحالة من في درجته ومن فوقه ، لاحتياجها إليه بأخذ من فوقها الثلثين. فيكون ابن أخيهن كما في هذه الصورة :

		ميت		
بنتان	ابن		ابن	
	بنت	بنت	ابن	ابن
ثلثان	بنت عمه معصبة	أخته معصبة	معصب	بنت
				محجوبة

٣٨٣٥ - فابن الابن في هذه الصورة يعصب أخته وبنت عمه ويحجب بنت أخيه ؛ لأنها أنزل منه درجة ، ويكون ابن ابن عمهن كما في هذه الصورة :

		ميت		
بنتان	ابن		ابن	
	بنت	بنت	ابن	
ثلثان	بنت عم أبيه	عمته معصبة	ابن	ابن
	معصبة		معصب	بنت
				محجوبة

٣٨٣٦ - فابن ابن الابن يعصب بنت عم أبيه وعمته ، وذلك في الثلث الباقي للمذكر ضعف ما للأنثى .

٣٨٣٧ - وهذا من أفراد القريب المبارك ؛ إذ لولاه لما ورثنا ولو استغرقت الفروض التركة سقطن معه .

٣٨٣٨ - ولا يشترط في سقوط بنات ابن الابن أن تحوز الصلبيتان الثلثين ، بل لو كانت صلبية واحدة وبنت ابن وبنات ابن ابن ، كان الحكم كما تقدم ؛ إذ من فوق بنات ابن الابن يستحقان الثلثين ؛ لأن البنت لها النصف وبنت الابن لها السدس تكملة

للثلثين ، فلا تستحق بنات ابن الابن شيئًا ، إلا إذا كان معهن معصب ، سواء كان في درجتهن أو أسفل منهن .

٣٨٣٩ - فيكون في درجتهن إذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وبنت ابن ابن ، فلا شيء للأخيرة ، إلا إذا وجد معها ابن ابن ابن ، سواء كان أخًا أو ابن عم أو أنزل منه .

٣٨٤٠ - وإذا كان أسفل منهن ، فلا فرق بين أن يكون ابن أخيهن أو ابن ابن عمهن ، فالأول كهذه الصورة .

	ميـــت			
بنت	ابـــن		ابـــن	
	بنت		ابن	
	بنت		ابـــن	
		بنت	ابن	
نصف	سدس	معصبة	ابن	ابن
		بابن أخيها	معصب	بنت
				محجوبة

والثاني كهذه الصورة

	ميـــت			
بنت	ابـــن		ابـــن	
	بنت		ابن	
		بنت		
		بنت	ابن	
نصف	سدس	معصبة	ابن	ابن
			معصب	بنت
				محجوبة

٣٨٤١ - ففي هاتين الصورتين يعصب من فوقه إذا كانت محتاجة إليه ، وهي عمته في الصورة الأولى وبنت عم أبيه في الثانية ، وأما التي لها السدس فلا يعصبها لاستغنائها

عنه بفرضها فيكون قريبًا مباركًا ؛ إذ لولاه لما ورثن .

٣٨٤٢ – فقد علمت من ذلك أن ابن الابن يعصب من هي في درجته مطلقًا ، أي : سواء كانت محتاجة إليه أو لا .

٣٨٤٣ – وأما التي فوقه فلا يعصبها ، إلا إذا كانت محتاجة إليه ، وتكون كذلك إذا كان من فوقها يستحق الثلثين ، سواء كانتا صلبيتين أو صلبية وبنت ابن ، وأما التي أسفل من درجته فلا تستحق معه شيئًا ؛ لأنه يحجبها.

٣٨٤٤ – **الحالة السادسة** : سقوطهن بالابن .

٣٨٤٥ – فإذا توفي شخص عن ابن وبنات ابن ، حجبهن حجب حرمان . وهذا جار في كل مذكر درجته أعلى من المؤنث كما علم مما تقدم [١] .

---

(١) المادة (٢٨٤) أ – ترث بنت الابن :
١ – نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة وليس معها بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتها ولم تكن محجوبة .
٢ – ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن في الورثة بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتهن ولم يكن محجوبات .
٣ – السدس تكملة الثلثين فرضًا إذا كان معها بنت صلبية واحدة أو بنت ابن أعلى منها درجة ، فإن تعددن فيقسم السدس بينهن بالسوية .
٤ – بالتعصيب بالغير إذا كان معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه وتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .
ب – تحجب بنت الابن من الميراث إذا كان معها :
١ – ابن أو ابن ابن أعلى منها درجة .
٢ – بنتان فأكثر ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .
٣ – بنتا ابن فأكثر أعلى منها درجة أو بنت وبنت ابن أعلى منها درجة ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .

أحوال الأخوات لأب وأم أي (الشقيقات)

(مادة ٦٠٢)

الأَخَوَاتُ لأَبٍ وَأُمٍّ لَهُنَّ أَحْوَالٌ أَرْبَعٌ هِيَ :

النِّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ .

وَالثُّلُثَانِ للاثنتين فَصَاعِدًا .

وَمَعَ الأَخِ الشَّقِيقِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وَيَصِرْنَ عَصَبَةً بِهِ لاسْتِوَائِهِمْ فِي الْقَرَابَةِ إِلَى الْمَيِّتِ .

- وَلَهُنَّ الْبَاقِي مَعَ الْبَنَاتِ أَوْ بَنَاتِ الابْنِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الأخوات لأب وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، كذا في الاختيار شرح المختار فللواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات لأب وأم ، ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكملة للثلثين ، ولا يرثن مع الأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن ، فيكون للأختين لأب وأم الثلثان ، والباقي بين أولاد الأب للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن ، كذا في الكافي . الأخوات لأم للواحدة السدس وللثنتين فصاعدًا الثلث ، كذا في الاختيار شرح المختار ويسقط الإخوة والأخوات بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب بالاتفاق وبالجد عند أبي حنيفة رحمه الله ويسقط أولاد الأب بهؤلاء ، وبالأخ لأب وأم ، ويسقط أولاد الأم بالولد وإن كان بنتًا وولد الابن والأب والجد بالاتفاق ، كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٧/٤ ، ٢٨) : « (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للأب (ورثوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعدًا الثلثان ، وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب) وانفردوا عن الإخوة والأخوات للأبوين ورثوا كأولاد الصلب (إلا في المشركة) بفتح الراء المشددة بخطه أي : المشرك فيها بين الشقيق وولدي الأم .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٩/٨ ، ٢٠٠) : « وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك يعني أن حكم الأخت أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو مع الشقائق حكم بنت الابن مع بنت الصلب فيما سبق ، فتأخذ التي للأب واحدة فأكثر مع الشقيقة الواحدة السدس ويحجب الأخت التي للأب واحدة فأكثر من السدس أخ فوقها أي شقيق ، أو أختان فوقها كذلك ، ولما ذكر أن حكم الأخت ، أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو الشقائق مساوٍ لحكم بنات الصلب ، وكان ابن الأخ هنا مخالفًا لابن الابن هناك استثنى ذلك فقال . إلا أنه إنما يعصب الأخ أي : إنما يعصب الأخت والأخوات للأب الأخ المساوي في الدرجة ، لا ابن الأخ ؛ =

٣٨٤٦ - اعلم أن الإخوة والأخوات إذا كانوا لأبوين يقال لهم : بنو الأعيان . سموا بذلك ؛ لأنهم خيار الإخوة والأخوات ؛ أخذًا من أعيان القوم ؛ يعني : خيارهم .

= لأنه لا يعصب من في درجته ، فلا ترث ابنة الأخ معه ، وكذلك لو كانت وحدها ، وإذا لم يعصب ابن الأخ من هو في درجته ، فلا يعصب من فوقه بل يأخذ ما بقي دون عماته وابن الابن ، وإن سفل يعصب من في درجته فجاز أن يعصب من فوقه ، قالا في قوة لكن دفعًا لما يتوهم من التشبيه من أن الابن الأخ يعصب كابن الابن وفتح أن هنا متعين ، سواء قلنا : إن الاستثناء متصل أو منقطع ؛ لأنه معمول لما قبله ، وأن المعمولة لعامل يجب فتح همزتها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٦٧ ، ١٦٨) : « (والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم ، إذا لم يكن أخوات لأب وأم ، فإن كان أخوات لأب وأم ، وأخوات لأب ، فللأخوات من الأب والأم الثلثان ، وليس للأخوات من الأب شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين . فإن كانت أخت واحدة لأب وأم ، وأخوات لأب ، فللأخت للأب والأم النصف ، وللأخوات من الأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين) وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الأمصار ، إلا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه ، لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الأب إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الأب دون الإناث . فإن كانت أخت واحدة من أبوين ، وإخوة وأخوات من أب ، جعل للإناث من ولد الأب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، وجعل الباقي للذكور . كفعله في ولد الابن مع البنات ، على ما مر تفصيله وشرحه ، وقد سبق ذكر حجته وجوابها ، بما يغني عن إعادته . فأما فرض الثلثين للأختين فصاعدًا ، والنصف للواحدة المفردة ، فثابت بقول الله تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ . والمراد بهذه الآية ولد الأبوين ، وولد الأب بإجماع أهل العلم .

وروى جابر ، قال : قلت : يا رسول الله ، كيف أصنع في مالي ولي أخوات ، قال : فنزلت آية الميراث : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ ﴾ . رواه أبو داود . وروي أن جابرًا اشتكى وعنده سبع أخوات ، فقال النبي ﷺ : « قد أنزل الله في أخواتك » . فبين لهن الثلثين . وما زاد على الأختين في حكمهما ؛ لأنه إذا كان للأختين الثلثان ، فالثلاث أختان فصاعدًا . وأما سقوط الأخوات من الأب ، باستكمال ولد الأبوين الثلثين ؛ فلأن الله تعالى إنما فرض للأخوات الثلثين ، فإذا أخذه ولد الأبوين ، لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقه ولد الأب ، فإن كانت واحدة من الأبوين ، فلها النصف بنص الكتاب ، وبقي من الثلثين المفروضة للأخوات سدس ، يكمل به الثلثان ، فيكون للأخوات للأب .

ولذلك قال الفقهاء : لهن السدس ، تكملة الثلثين فإن كان ولد الأب ذكورًا وإناثًا ، فالباقي بينهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . ولا يفارق ولدُ الأب مع ولد الأبوين ولدَ الابن مع ولد الصلب ، إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها ، والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، وثم أخوات من أب وابن أخ لهن ، لم يكن للأخوات للأب شيء ، وكان الباقي لابن الأخ ؛ لأن ابن الابن وإن نزل ابن ، وابن الأخ ليس بأخ » .

٣٨٤٧ - وإذا كانوا لأب فهم : بنو العلات ؛ وهم : أولاد الرجل الواحد من نسوة شتى . سموا بذلك ؛ لأن العلة الضَّرة ، وهم أولاد الضرائر ؛ إذ أم كل منهم ضرة لأم الآخر .

٣٨٤٨ - وإذا كانوا لأم فهم : بنو الأخياف ؛ لكونهم من أصلين مختلفين . مأخوذ من قولهم : فرس أخيف . إذا كانت إحدى عينيه مخالفة للأخرى .

٣٨٤٩ - فأحوال الأخوات الشقيقات خمس :

٣٨٥٠ - **الأولى** : النصف للواحدة .

٣٨٥١ - **الثانية** : الثلثان للاثنتين فصاعدًا .

٣٨٥٢ - **الثالثة** : تعصيبهن بالأخ الشقيق ، فله ضعف ما للأنثى .

٣٨٥٣ - **الرابعة** : صيرورتهن عصبة مع البنت أو بنت الابن أو معهما ، فلهن الباقي ، وهو النصف مع البنت والثلث مع البنتين أو مع البنت وبنت الابن . وحينئذٍ يسقطن إن استغرقت الفروض التركة ، فلا يكون لهن شيء .

٣٨٥٤ - كما لو توفيت الزوجة عن بنتين وزوج وأم وأخت شقيقة ، فأصلها من اثني عشر ، وتعول لثلاثة عشر للبنتين الثلثان ثمانية ، وللزوج الربع ثلاثة ، وللأم السدس اثنان ، وسقطت الأخت أو الأخوات .

٣٨٥٥ - **الخامسة** : سقوطهن بالابن وابن الابن وإن سفل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا (١) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨٥) مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩) من هذا القانون :

أ - ترث الأخت الشقيقة :

١ - نصف التركة فرضًا إذا لم يكن معها أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبات .

٣ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة وتأخذ في هذه الحالة ما يبقى من التركة بعد أصحاب الفروض .

٤ - تشارك الأخوة لأم وفقًا لأحكام المادة (٢٨٣) من هذا القانون .

٥ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ شقيق أو أكثر فتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - تحجب الأخت الشقيقة من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر أو أب مباشر .

أحوال الأخوات لأب

(مادة ٦٠٣)

الأَخَوَاتُ لأَبٍ كَالأَخَوَاتِ لأَبَوَيْنِ ، وَلَهُنَّ أَحْوَالٌ سِتَّةٌ :

النِّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ إِذَا انفَرَدَتْ .

وَالثُّلُثَانِ لِلاثْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا عِنْدَ عَدَمِ الأَخَوَاتِ لأَبَوَيْنِ .

وَلَهُنَّ السُّدُسُ مَعَ الأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لأَبَوَيْنِ تَكْمِلَةً لِلثُّلُثَيْنِ .

وَلَا يَرِثْنَ مَعَ الأُخْتَيْنِ لأَبَوَيْنِ .

- إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لأَبٍ فَيُعَصِّبَهُنَّ .

السَّادِسُ مِنَ الأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ : أَنْ يَصِرْنَ مَعَ الْبَنَاتِ الصُّلْبِيَّاتِ أَوْ مَعَ بَنَاتِ الابْنِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الأَخَوَاتِ لأَبَوَيْنِ [1] .

* * *

٣٨٥٦ - الأخوات لأب لهن أحوال سبع :

٣٨٥٧ - **الأحوال الأربع الأول** المتقدمة في الأخوات الشقيقات عند فقد الشقيقة ، إلا أن الذي يعصبهن هو الأخ لأب ، ولا يشترط في التعصيب عدم وجود الشقيقة .

٣٨٥٨ - **الخامسة** : سقوطهن بالابن وابن الابن وإن نزل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا ، وبالأخ الشقيق وبالأخت الشقيقة أيضًا إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن وبالأختين الشقيقتين ، إلا إذا كان معهن معصب وهو الأخ لأب .

٣٨٥٩ - وفي هذه الحالة تقدم الشقيقة على أخي الميت لأبيه ، وكذا الأخت لأب عندما تصير عصبة مع البنت أو بنت الابن تحجب من يحجبه أخوها .

٣٨٦٠ - **السادسة** : استحقاقهن السدس مع الأخت الشقيقة الواحدة تكملة للثلثين ؛ لأن فرض الشقيقة النصف فالأخت لأب مع الشقيقة كبنت الابن مع البنت في ذلك ، إلا إذا كان معها في هذه الحالة أخ لأب ، فإنه يعصبها في النصف ، فله ضعفها ، وتسقط معه لو استغرقت الفروض التركة .

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

٣٨٦١ - كزوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأب ، فالزوج له النصف والشقيقة النصف ، ولا شيء للأخت والأخ لأب ، فيكون أخًا مشئومًا ؛ إذ لولاه لورثت السدس ، وتعول المسألة إلى سبعة .

٣٨٦٢ - **الحالة السابعة** : سقوطهن مع الأختين الشقيقتين . لكن هذا مقيد بما إذا لم يكن معهن معصب ، ولا يكون إلا في درجتهن وهو الأخ لأب ، بخلاف بنات الابن على ما عرفته .

٣٨٦٣ - فإذا توفي شخص عن أختين شقيقتين وأخت أو أخوات لأب ، فلا شيء لها أو لهن بل تأخذ الشقيقتان فرضهما ، وهو الثلثان ، ويرد الثلث الباقي عليهما إذا لم يكن هناك من أصحاب الفروض من يستحقه . فلو كان معها أخ لأب أخذت معه الثلث الباقي للمذكر ضعف ما للأنثى ، وهذا من أفراد الأخ المبارك ؛ إذ لولاه لما ورثت شيئًا ، وبالضرورة تسقط معه إذا استغرقت الفروض التركة كزوجة وشقيقتين وأم وأخت لأب وأخ لأب ، فالمسألة من اثني عشر ؛ للزوجة الربع ثلاثة ، وللشقيقتين الثلثان ثمانية ، وللأم السدس اثنان ، فقد عالت المسألة بواحد ، فلم يبق شيء للأخت والأخ لأب ؛ لأنه عصبة [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨٦) مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩) من هذا القانون :

أ - ترث الأخت لأب :

١ - نصف التركة فرضًا إذا لم يكن معها أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبات .

٣ - السدس تكملة الثلثين إذا كانت معها أخت شقيقة ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

٤ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ للأب فأكثر فتقسم التركة بينهم أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين .

٥ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

ب - تحجب الأخت لأب من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مُذكر أو أب مباشر أو أخ شقيق أو أخت شقيقة صارت عصبة مع الغير أو أختان شقيقتان إلا إذا كان معها أخ لأب يعصبها .

(مادة ٦٠٤)

الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ لأَبَوَيْنِ وَالإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ لأَبٍ كُلُّهُمْ يَسْقُطُونَ بِالابْنِ وَابْنِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ وَبِالأَبِ وَالْجَدِّ .

وَتَسْقُطُ الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ لأَبٍ بِالأَخِ لأَبَوَيْنِ وَبِالأُخْتِ لأَبَوَيْنِ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ أَوْ مَعَ بَنَاتِ الابْنِ (١) .

* * *

٣٨٦٤ - فقد علمت من الأحوال المتقدمة أن الأخوات لأبوين أو لأب يسقطن بالابن وابن الابن وإن سفل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا .

٣٨٦٥ - والأخوات لأب يسقطن أيضًا بالأخ الشقيق مطلقًا وبالشقيقتين ، إلا إذا كان هناك معصب وهو الأخ لأب ، وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن .

٣٨٦٦ - ومثل الأخوات فيما ذكر الإخوة الأشقاء أو لأب في أنهم يسقطون بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب والجد الصحيح وإن علا .

٣٨٦٧ - وهذا لا حاجة إليه هنا ؛ لأن الكلام هنا إنما هو في أصحاب الفروض ، والإخوة الأشقاء أو لأب من العصبات ولهم باب مخصوص ، فكان اللازم أن يأتي بسقوط الأخوات الشقيقات أو لأب في أحوالهن ، كما عرفته من الشرح المتقدم ، ويؤخر الكلام على الإخوة في محله (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٨١/٦) : « (ويسقط بنو الأعيان) وهم الإخوة والأخوات لأب وأم بثلاثة (بالابن) وابنه وإن سفل (وبالأب) اتفاقًا (وبالجد) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (وقالا يقاسمهم على أصول زيد ويفتى بالأول) وهو السقوط كما هو مذهب أبي حنيفة » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨١) ترث الأم فرضًا :

أ - سدس التركة إذا كان للميت فرع وارث أو جمع من الأخوة أو الأخوات مطلقًا .

ب - ثلث التركة ، إذا لم يكن للميت فرع وارث ، ولا جمع من الأخوة والأخوات ، ولم يجتمع معها الأب وأحد الزوجين .

ج - ثلث الباقي من التركة ، بعد نصيب أحد الزوجين ، إذا كان معها أب وأحد الزوجين، وليس في الورثة فرع وارث ، ولا جمع من الإخوة والأخوات .

أحوال الأم

(مادة ٦٠٥)

للأم أحوال ثلاثة :

السُّدُسُ إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ أَوْ مَعَ الاثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوِ الأَخَوَاتِ فَصَاعِدًا مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَا .

وَلَهَا ثُلُثُ الْكُلِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمَذْكُورِينَ .

وَثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرْضِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ . وَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتَيْنِ :

إِحْدَاهُمَا : زَوْجٌ وَأَبَوَانِ .

وَثَانِيَتُهُمَا : زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ .

وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الأَبِ جَدٌّ ، فَلِلأُمِّ ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ بَعْدَ فَرْضِ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ كَمَا تَقَدَّمَ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٩/٦ ، ٤٥٠) : « الأم ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن أو اثنين من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء ، وثلث ما يبقى بعد فرض الزوج والزوجة ، كذا في الاختيار شرح المختار وذلك في موضعين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان . فإن للأم ثلث ما يبقى بعد نصيب الزوج أو الزوجة والباقي للأب عند الجمهور ، وإن كان مكان الأب جد فللأم ثلث جميع المال ، كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٤/٤ ، ٢٥) : « (وللأم الثلث أو السدس في الحالين السابقين في) فصل (الفروض) المقدرة ، وأعاده هنا توطئة لقوله : (ولها في مسألتي زوج أو زوجة وأبوين ثلث ما بقي بعد) فرض (الزوج أو) فرض (الزوجة) لا ثلث جميع المال لإجماع الصحابة قبل إظهار ابن عباس الخلاف قائلًا بأن لها الثلث كاملًا في الحالين لظاهر الآية ؛ ولأن كل ذكر وأنثى لو انفردا اقتسما المال أثلاثًا ، فإذا اجتمعا مع الزوج أو الزوجة اقتسما الفاضل كذلك كالأخ والأخت ، فللزوج في المسألة الأولى ، وهي من اثنين النصف والباقي ثلثه للأم وثلثاه للأب ، وأقل عدد له نصف صحيح ، وثلث ما يبقى ستة فتكون من ستة فهي تأصيل لا تصحيح كما سيأتي في الأصلين الزائدين وللزوجة في الثانية ، وهي من أربعة أسهم وللأم ثلث الباقي وهو سهم وللأب الباقي .

قالوا : وإنما عبروا عن حصتها فيهما بثلث الباقي مع أنها أخذت في الأولى السدس ، وفي الثانية الربع تأدبًا مع لفظ القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ ويلقبان بالغراوين ؛ لشهرتهما تشبيهًا لهما بالكوكب الأغر ، وبالعمريتين ؛ لقضاء عمر رضي الله تعالى عنه فيهما بما ذكر ، وبالغريبتين ؛ لغرابتهما =

....

= (والجد) أبو الأب في الميراث (كالأب) عند عدمه في جميع ما مرَّ من الجمع بين الفرض والتعصيب وغيره (إلا أن الأب) يفارقه في أنه (يسقط الإخوة والأخوات) للميت كما مرَّ (والجد) لا يسقطهم بل (يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب) كما سيأتي (والأب) يفارق الجد أيضًا في أنه (يسقط أم نفسه) ؛ لأنها تدلي به (ولا يسقطها) أي : أم نفس الأب (الجد) لأنها زوجته ، والشخص لا يسقط زوجة نفسه ، فالأب والجد سيان في أن كلًّا منهما يسقط أم نفسه (والأب) يفارق الجد فيما سبق (في) مسألتي (زوج أو زوجة وأبوين) فإن الأب فيهما (يرد الأم من الثلث إلى ثلث الباقي ، ولا يردها الجد) بل تأخذ معه الثلث كاملًا ؛ لأن الجد لا يساويها في الدرجة فلا يلزم تفضيله عليها بخلاف الأب .

تنبيه : في أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان ، ومع أبي الجد ثلاثة ، ومع جد الجد أربع ، وهكذا كلما علا الجد درجة زاد فيمن يرث معه جدة .

تنبيه : لا ينحصر الاستثناء فيما ذكره بل يفارقه أيضًا في أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان ، ومع أبي الجد ثلاثة ، ومع جد الجد أربع ، وهكذا كلما علا الجد درجة زاد فيمن يرث معه جدة » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠١/٨) : « ، ولها ثلث الباقي في زوج ، أو زوجة وأبوين يعني أن الأم ترث ثلث جميع التركة حيث لا حاجب لها فيما عدا مسألتين ، فإن لها فيهما ثلث الفاضل وذلك في الغراوين ، وإنما سميا بذلك ؛ لأن الأم غرت فيهما بإعطائها الثلث لفظًا لا معنى كما ترى الأولى زوج وأبوان تصح من ستة للزوج النصف وللأم ثلث الباقي وهو سهم وللأب الباقي تعصيبًا فيأخذ مثليها كما لو انفردا . الثانية زوجة وأبوان أصلها من أربعة للزوجة الربع سهم وللأم ثلث الباقي وهو ربع التركة والباقي وهو النصف للأب تعصيبًا ، وقال ابن عباس : للأم الثلث في المسألتين ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ ورأي الجمهور أن أخذها الثلث فيهما يؤدي إلى مخالفة القواعد ؛ لأنها إذا أخذت في مسألة الزوج الثلث من رأس المال تكون قد أخذت مثلي الأب ، وليس له نظير في اجتماع ذكر وأنثى يدليان بجهة واحدة وتأخذ الأنثى مثليه ، فلو كان موضع الأب جد لكان للأم ثلث المال تبدأ به ؛ لأنها ترث مع الجد بالفرض ومع الأب بالقسمة ، وإنما قدمت القاعدة على القرآن ؛ لأن القواعد من القواطع ، وبيان كون الأولى من ستة أن للزوج النصف ومخرجه من اثنين له منهما واحد وللأم ثلث الواحد الباقي ، ولا ثلث له صحيح فتضرب ثلاثة في اثنين بستة وبيان كون الثانية من أربعة أن للزوجة الربع ومخرجه من أربعة فلها واحد من أربعة تبقى ثلاثة للأم ثلثها واحد يبقى اثنان للأب » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٩/٦) : « (وللأم الثلث ، إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ، ولم يكن له ولد ، ولا ولد ابن . فإن كان له ولد ، أو أخوان ، أو أختان ، فليس لها إلا السدس) وجملة ذلك أن للأم ثلاثة أحوال : حال ترث فيها الثلث بشرطين ؛ أحدهما : عدم الولد ، وولد الابن ، من الذكور والإناث . والثاني : عدم الاثنين فصاعدًا من الإخوة والأخوات من أي الجهات كانوا ، ذكورًا وإناثًا ، أو ذكورًا أو إناثًا ، فلها في هذه الحال الثلث . بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم . الحال الثاني : لها السدس ، إذا لم يجتمع الشرطان ، بل كان للميت ولد ، أو ولد ابن ، أو اثنان من الإخوة والأخوات . في قول جمهور الفقهاء . وقال ابن عباس : لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الإخوة والأخوات إلا ثلاثة وحكي ذلك عن =

٣٨٦٨ - للأم أحوال ثلاثة :

٣٨٦٩ - **الحالة الأولى** : السدس إذا كان للمتوفى فرع وارث وهو الابن وابن الابن وإن نزل والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها ، أو كان له اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات أو منها من أي جهة كانا .

٣٨٧٠ - **الحالة الثانية** : ثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين وعدم الأب وأحد الزوجين .

٣٨٧١ - **الحالة الثالثة** : ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين إذا كانت مع الأب .

= معاذ ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ . وأقل الجمع ثلاثة . وروي أن ابن عباس قال لعثمان ﷺ : ليس الأخوان إخوة في لسان قومك ، فلم تحجب بهما الأم ؟ فقال : لا أستطيع أن أردَّ شيئًا كان قبلي ، ومضى في البلدان ، وتوارث الناس به .

ولنا : قول عثمان هذا ، فإنه يدل على أنه إجماع تم قبل مخالفة ابن عباس .

ولأن كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين ، كحجب البنات بنات الابن ، والأخوات من الأبوين الأخوات من الأب ، والإخوة تستعمل في الاثنين ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت . ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعًا حقيقة ، ومنهم من يستعمله مجازًا ، فيصرف إليه بالدليل . ولا فرق في حجبها بين الذكر والأنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِخْوَةٌ ﴾ . وهذا يقع على الجميع ؛ بدليل قوله : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً ﴾ . ففسرهم بالرجال والنساء .

الحال الثالث : إذا كان زوج وأبوان ، أو امرأة وأبوان ، فللأم ثلث الباقي ، بعد فرض الزوجين » .

وجاء فيه أيضًا (٦/١٧١ ، ١٧٢) : « وإذا كان زوج وأبوان ، أعطي الزوج النصف ، والأم ثلث ما بقي ، وما بقي فللأب . وإذا كانت زوجة وأبوان ، أعطيت الزوجة الربع ، والأم ثلث ما بقي ، وما بقي فللأب . هاتان المسألتان تسميان العمريتين ؛ لأن عمر ﷺ قضى فيهما بهذا القضاء ، فاتبعه على ذلك عثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود ، وروي ذلك عن علي ، وبه قال الحسن ، والثوري ومالك ، والشافعي ، ﷺ ، وأصحاب الرأي . وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين ؛ لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة ، وليس هاهنا ولد ولا إخوة . ويروى ذلك عن علي . ويروى ذلك عن شريح في زوج وأبوين . وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين ، وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين . وبه قال أبو ثور ؛ لأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين ، لفضلناها على الأب ، ولا يجوز ذلك ، وفي مسألة المرأة ، لا يؤدي إلى ذلك .

واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ . وبقوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . والأب هاهنا عصبة ؛ فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض ، كما لو كان مكانه جد ، والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ؛ ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض ، كان للأم ثلث الباقي ، كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد ؛ لأن الأب في درجتها ، والجد أعلى منها . وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الأم ، كذلك مع المرأة ، قياسًا عليه » .

٣٨٧٢ - وتحت هذه صورتان :

٣٨٧٣ - الأولى : زوج وأم وأب .

٣٨٧٤ - الثانية : زوجة وأم وأب .

٣٨٧٥ - فبعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه ، تأخذ الأم ثلث الباقي وهو في مسألة الزوج سدس وفي مسألة الزوجة ربع .

٣٨٧٦ - أما لو كانت الأم مع الجد وأحد الزوجين ، فلها ثلث جميع المال كما عرفته مما تقدم .

٣٨٧٧ - وهاتان المسألتان تسميان بـ « الغَرَّاوَيْنِ » لشهرتهما كالكوكب الأغر ، وبـ « العُمَرِيَّتَيْنِ » لقضاء سيدنا عمر بن الخطاب فيهما بذلك .

٣٨٧٨ - فكل مسألة من مسائل المواريث يستحق فيها شخص فرضًا من الفروض ، ينسب ذلك الفرض إلى جملة التركة إلا في هاتين المسألتين ، فإن نسبة الثلث فيهما إلى ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين لا إلى كل التركة .

٣٨٧٩ - وإنما سمي ثلثًا وإن كان في الحقيقة أقل من ذلك ، تأدبًا مع القرآن الشريف ؛ لأنه سماه ثلثًا بقوله : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [1] .

٣٨٨٠ - وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة تقدمت في شرح مادة (٥٩٢) فراجعها [2] .

---

(١) النساء : ١١ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٨٧) أ - الجدة الصحيحة هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين .

ب - ترث الجدة الصحيحة :

١ - سدس التركة فرضًا سواء كانت واحدة أو أكثر كانت من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الأم والأب معًا ولم تكن محجوبة .

٢ - إذا تعددت الجدات فيقسم السدس بينهن بالسوية .

ج - تحجب الجدة الصحيحة :

١ - بالأم مُطلقًا .

٢ - بالأب إذا كانت جدة لأب .

٣ - بالجد إذا أدلت به .

٤ - بالقربى من جهتها والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب .

٥ - لا تحجب القربى من جهة الأب البعدى من جهة الأم .

أحوال الجدة أو الجدات

(مادة ٦٠٦)

وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ لأُمٍّ كَانَتْ أَوْ لأَبٍ ، وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ ، إِذَا كُنَّ صَحِيحَاتٍ مُتَحَاذِيَاتٍ فِي الدَّرَجَةِ ؛ لأَنَّ الْقُرْبَى تَحْجِبُ الْبُعْدَى.

وَيَسْقُطْنَ - أَيِ : الْجَدَّاتِ - كُلُّهُنَّ سَوَاءٌ كُنَّ أَبَوِيَّاتٍ أَيْ : مِنْ جِهَةِ الأَبِ ، أَوْ أُمِّيَّاتٍ أَيْ : مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، أَوْ مُخْتَلِطَاتٍ بِالأُمِّ .

وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ الأَبَوِيَّاتُ دُونَ الأُمِّيَّاتِ بِالأَبِ ، وَكَذَلِكَ تَسْقُطُ الأَبَوِيَّاتُ بِالْجَدِّ ، إِلَّا أُمَّ الأَبِ وَإِنْ عَلَتْ ، فَإِنَّهَا تَرِثُ مَعَ الْجَدِّ ؛ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ قِبَلِهِ .

وَهَكَذَا الْقَرِيبَةُ تَحْجِبُ الْبَعِيدَةَ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَتْ وَارِثَةً أَوْ مَحْجُوبَةً ، إِذَا كَانَتْ جَدَّةٌ ذَاتَ قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ كَأُمِّ أُمِّ الأَبِ ، وَالأُخْرَى ذَاتُ قَرَابَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كَأُمِّ أُمِّ الأُمِّ وَهِيَ أَيْضًا أُمُّ أَبِي الأَبِ ، يُقَسَّمُ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الجدة الصحيحة كأم الأم وإن علت وأم الأب وإن علا ، وكل من يدخل في نسبتها أب بين أمين فهي فاسدة ، كذا في « الاختيار شرح المختار » ولها السدس لأب كانت أو لأم ، واحدة كانت أو أكثر فيشتركن في السدس إذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة ، كذا في الكافي ثم الجدة إذا كانت ذات جهتين والأخرى ذات جهة واحدة ، قال أبو يوسف رحمه الله : وهو رواية عن أبي حنيفة السدس بينهما نصفان ، وعليه الفتوى ، كذا في المضمرات (مثاله) : امرأة زوجت بنت بنتها من ابن ابنها فولد منهما ولد فهذه المزوجة أم أم أم الولد ، وهي أيضًا أم أب أب الولد ، والجدة الأخرى أم أم أب الولد ، فإن تزوج هذا الولد سبطًا لهما آخر فولد بينهما ولد صارت هذه المرأة جدة لهذا الولد الآخر من ثلاثة أوجه ، فإن تزوج هذا الولد سبطًا آخر فولد بينهما ولد صارت هذه الجدة جدة لهذا الولد الآخر من أربعة أوجه وقس عليه الباقي ، كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٥/٤ ، ٢٦) : « (وللجدة السدس) كما مرَّ ، وذكر توطئة لقوله : (وكذا الجدات) يعني : الجدتين فأكثر لما روى الحاكم ، وقال : صحيح على شرط الشيخين « أنه ﷺ قضى للجدتين من الميراث بالسدس » وسواء استوين في الإدلاء أم زادت إحداهما بجهة : مثاله في ذات جهتين تزوج ابن ابن هند بينت بنتها فأتى منها بولد فهند أم أم أم الولد ، وأم أبي أبيه فهي جدة من جهتين فهي ذات جهتين فإذا مات هذا الولد عنها وعن أم أم أبيه وهي ذات جهة واحدة فلا تفضل هند عليها ، بل السدس بينهما بالسوية على الصحيح باعتبار الأبدان وفي مراسيل أبي داود [أنه - عليه الصلاة والسلام - أعطى السدس لثلاث جدات] وحكى الإمام فيه إجماع الصحابة (وترث منهن) جزمًا (أم الأم وأمهاتها المدليات =

....

= بإناث خلص) كأم أم الأم وإن علت (وأم الأب وأمهاتها كذلك) أي : المدليات بإناث خلص كأم أم الأب (وكذا أم أبي الأب وأم الأجداد فوقه وأمهاتهن على المشهور) لأنهن جدات يدلين بوارث فيرثن كأم الأب . والثاني : لا يرثن لإدلائهن بجد فأشبهن أم أبي الأم ، (وضابطه) أي : إرث الجدات الوارثات ، هو (كل جدة أدلت) أي وصلت (بمحض إناث) كأم أم الأم (أو ذكور) كأم أبي الأب (أو إناث إلى ذكور) كأم أم الأب (ترث ، ومن أدلت بذكر بين أنثيين) كأم أبي الأم (فلا) ترث كما لا يرث ذلك الذكر ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . **تنبيه** : في معرفة بيان إرث الجدات الوارثات إذا تعددن . اعلم أنه إذا اجتمع جدات فالوارث منهن من قبل الأم واحدة أبدًا ، وإنما يقع التعدد في التي من قبل الأب ، ويتعدد ذلك بتعدد الدرجة ، وإيضاح ذلك أن الواقع في الدرجة الأولى منك أبوك وأمك ، ثم لكل منهما أب وأم ، فالأربعة الذين هم في الدرجة الثانية هم الدرجة الأولى من درجات الجدودة ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية ، وفي الرابعة ستة عشر ، وفي الخامسة اثنان وثلاثون وهكذا ، فإذا وصلت إلى العاشرة كان فيها ألف وأربعة وعشرون جدة ، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور والنصف إناث وهن الجدات ، فإذا كان في الدرجة الثانية من الأصول جدتان ، وفي الثالثة أربع ، وفي الرابعة ثمان ، وفي الخامسة ستة عشر ، وفي العاشرة خمسمائة واثنا عشر جدة ، ثم منهن وارثات وغير وارثات ، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل فاجعل درجتهن بعدد السؤال عنه ، ومحض نسبة الأولى إلى الميت أمهات ثم أبدل من آخر نسبة الثانية . أما بأب وفي آخر نسبة الثالثة أمين بأبوين ، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى يتمحض نسبة الأخيرة أبا .

مثاله : إذا سألت عن عشر جدات وارثات فاجعل درجتهن عشرة . **الأولى** : مدلية بالأمومة ، وهي أم أم أم أم أم أم أم أم أم . **الثانية** : أم أم أم أم أم أم أم أم أب . **الثالثة** : أم أم أم أم أم أم أم أبي أب . **الرابعة** : أم أم أم أم أم أم أبي أبي أب . **الخامسة** : أم أم أم أم أم أبي أبي أبي أب . **السادسة** : أم أم أم أم أبي أبي أبي أبي أب . **السابعة** : أم أم أم أبي أبي أبي أبي أبي أب . **الثامنة** : أم أم أبي أبي أبي أبي أبي أبي أب . **التاسعة** : أم أبي أبي أبي أبي أبي أبي أبي أب . **العاشرة** : أم أبي أبي أبي أبي أبي أبي أبي أبي أب ، ثم الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعدد تلك الدرجة ، ففي الدرجة الثانية اثنتان ، وفي الثالثة ثلاث ، وفي الرابعة أربع ، وفي الخامسة خمس وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة وسببه أن الجدات ما بلغن نصفهن من قبل الأم ، ونصفهن من قبل الأب ، فإذا صعدت درجة تبدلت كل واحدة منهن بأمها وزادت أم الجد الذي صعدت إليه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٨/٢٠١ ، ٢٠٢) : « والجدة فأكثر وأسقطها الأم مطلقًا والأب الجدة من جهته والقربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب ، وإلا اشتركتا السدس فرض الجدة سواء انفردت أو تعددت وسواء كانت من جهة الأم ، أو من جهة الأب ، ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما ، وإن علتا وتحجب الجدة مطلقًا أي من جهة الأم ، أو من جهة الأب قريبة ، أو بعيدة حجب حرمان بأم الميت بخلاف أبيه ، فإنه لا يحجب إلا الجدة التي من جهته وترث معه الجدة التي من جهة الأم ، وإن اجتمعت الجدتان وكانتا في درجة واحدة ، أو كانت التي من قبل الأب أقرب كأم أب وأم أم كان =

....

= السدس بينهما ؛ لأن أصالتها جبرت بعدها ، وإن كانت التي من جهة الأم أقرب كأم أم وأم أم أب اختصت بالسدس فقوله : فأكثر أي سواء كانت من جهة الأم ، أو من جهة الأب ، وإن علتا فقد تجوز به عن الإطلاق تبركًا بلفظ القضاء الوارد عن عمر - رضي الله تعالى عنه - وليس المراد أكثر من واحدة ، ولو من جهة واحدة ؛ لأن مالكًا لا يورث أكثر من جدتين إحداهما من جهة الأم والأخرى من جهة الأب غير المدلية بذكر وقوله : مطلقًا راجع للإسقاط فكان حقه تقديمه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٨٩ - ١٩٢) : « وللجدة إذا لم تكن أم السدس ، قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميت أم . وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم ؛ لأنها تدلي بها ، فقامت مقامها ، كالجد يقوم مقام الأب .

ولنا : ما روى قبيصة بن ذؤيب ، قال : « جاءت الجدة إلى أبي بكر ، تطلب ميراثها ، فقال : ما لك في كتاب الله ﷻ شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئًا ، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس . فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس . فقال : هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة ، فأمضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر ، جاءت الجدة الأخرى ، فقال : ما لك في كتاب الله شيء ، فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا ، ولكن هو ذاك السدس ، فإن اجتمعتما فهو لكما ، وأيتكما خلت به فهو لها » . رواه مالك في موطئه ، وأبو داود ، والترمذي . وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه . وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات .

وقد روى ابن بريدة ، عن أبيه : « أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم » . رواه أبو داود . وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئًا ؛ ولأن الجدة تدلي بالأم ، فسقطت بها ، كسقوط الجد بالأب ، وابن الابن به . فأما أم الأب ، فإنها أيضًا إنما ترث ميراث أم ؛ لأنها أم ، ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده . (وكذلك إن كثرن ، لم يزدن على السدس فرضًا) أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس ، وإن كثرن ، وذلك لما روينا من الخبر ، وأن عمر شرك بينهما .

وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر ﵁ فروى سعيد ، ثنا سفيان ، وهشيم ، عن يحيى بن سعيد ، عن القاسم بن محمد ، قال : جاءت الجدتان إلى أبي بكر ﵁ فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب . فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرًا : يا خليفة رسول الله ، أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ، ومنعت التي لو ماتت ورثها ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ؛ ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر ، فاستوى كثيرهن وواحدتهن ، كالزوجات . وقول الخرقي : لم يزدن على السدس فرضًا . يريد به التحرز من زيادتهن بالرد ، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس ، على ما قد مضى ذكره . ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين ؛ أم الأم ، وأم الأب . وكذلك إن علتا وكانتا في القرب سواء ، كأم أم وأم أم أب ، إلا ما حكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئًا ؛ لأنه لا يرثها فلا ترثه ؛ ولأنها غير مذكورة في الخبر .

ولنا : أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات . ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الأب ، أو من هي أعلى منها . وما ذكره داود فهو قياس ، وهو لا يقول بالقياس ، ثم هو باطل بأم الأم ، فإنها ترثه ولا يرثها . وقوله : ليست =

....

= مذكورة في الخبر . قلنا : وكذلك أم أم الأم . واختلفوا في توريث ما زاد عليهما ؛ فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات ، من غير زيادة عليهن .

وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود ﷺ وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعي وإسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين . وحكي ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وسليمان بن يسار ، وطلحة بن عبد الله بن عوف ، وربيعة وابن هرمز ، ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم .

وحكي عن الزهري أنه قال : لا نعلم ورث في الإسلام إلا جدتين . وحكي عن سعد بن أبي وقاص ، أنه أوتر بركعة ، فعابه ابن مسعود فقال سعد : أتعيبني وأنت تورث ثلاث جدات ؟ وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن ، إذا كن في درجة واحدة ، إلا من أدلت بأب غير وارث ، كأم أب الأم . قال ابن سراقة : وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذًا . وإليه ذهب الحسن ، وابن سيرين ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وهو رواية المزني عن الشافعي ، ﷺ وهو ظاهر كلام الخرقي ، فإنه سمى ثلاث جدات متحاذيات . ثم قال : « وإن كثرن فعلى ذلك » . واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث ، كإحدى الثلاث .

ولنا : ما روى سعيد ، عن ابن عيينة ، عن منصور ، عن إبراهيم ، « أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ، ثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » . وأخرجه أبو عبيد والدارقطني . وروى سعيد أيضًا ، عن إبراهيم أنه قال : كانوا يورثون من الجدات ثلاثًا ، ثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم . وهذا يدل على التحديد بثلاث ، وأنه لا يرث أكثر منهن . وإذا ثبت هذا ، فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجتها ، وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجتهن ، وأم الجد وأمهاتها . ولا ترث أم أب الجد ، ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء . وهؤلاء الجدات المختلف فيهن .

وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث ، وهي كل جدة أدلتْ بأب بين أمين ، كأم أبي الأم ، إلا ما حكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا : ترث . وهو قول شاذ ، لا نعلم اليوم به قائلًا ، وليس بصحيح ؛ فإنها تدلي بغير وارث ، فلم ترث ، كالأجانب ، وأمثلة ذلك : أم أم وأم أب ، السدس بينهما إجماعًا ، أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، وأم أبي أم ، السدس للثلاث الأول ، إلا عند مالك وموافقيه ، فإنه للأوليين .

وعند داود هو للأولى وحدها . ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقيه ، أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، وأم أم أبي أم ، وأم أبي أم أم ، وأم أبي أبي أم ، وأم أبي أم أب . السدس للأولى عند داود وللأوليين عند مالك وموافقيه . وللثلاث الأول عند أحمد وموافقيه . وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه . وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة . وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة . ولا من قبل الأب إلا اثنتان ، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر ، إلا عند أبي حنيفة وموافقيه ، فإنه كلما علون درجة ، زاد في عددهن من قبل الأب واحدة . (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن) أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى ، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم ، فالميراث لها ، وتحجب البعدى في قول عامتهم ، إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما . وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين فهما =

٣٨٨١ - الجدة الصحيحة أو الجدات لها حالتان .

٣٨٨٢ - والجدة الصحيحة : هي التي لم تنتسب لجد فاسد .

٣٨٨٣ - وقد عرفت أن الجد الفاسد : من تخلل في نسبته إلى الشخص أنثى . كأبي الأم . فكل جدة لم تنتسب لجد فاسد فهي صحيحة .

= سواء ، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى . يعني به : أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد ، سقطت أم الجد بأم الأب . وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب . فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما : أنها تحجبها ، ويكون الميراث للقربى . وهذا قول علي عليه السلام وإحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وأهل العراق ، وهو قول الشافعي . والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما . وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والأوزاعي وهو القول الثاني للشافعي رضي الله عنه ؛ لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم ، فالتي تدلي به أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم ، فإنها تدلي بالأم . وهي تحجب جميع الجدات .

ولنا : أنها جدة قربى ، فتحجب البعدى ، كالتي من قبل الأم ؛ ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثًا واحدًا من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن ، كالآباء والأبناء والإخوة والبنات . وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم . وقولهم : إن الأب لا يسقطها .

قلنا : لأنهن لا يرثن ميراثه ، إنما يرثن ميراث الأمهات ، لكونهن أمهات . ولذلك أسقطتهن الأم ، والله أعلم .

مسائل من ذلك : أم أم وأم أم أب ، المال للأولى ، إلا في قول ابن مسعود هو بينهما . أم أب وأم أم أم ، المال للأولى في قول الخرقي وفي الرواية الأخرى هو بينهما . أم أب وأم أم وأم جد ، المال للأوليين في قول الجميع ، إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن . أم أب وأم أم وأم أم أم وأم أبي أب ، هو للأوليين في قول الجميع . إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى ، فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما أثلاثًا ، لذات القرابتين ثلثاه ، وللأخرى ثلثه . كذلك قال أبو الحسن التميمي ، وأبو عبد الله العرني ، ولعلهما أخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم . وهذا قول يحيى بن آدم ، والحسن بن صالح ، ومحمد بن الحسن والحسن ابن زياد ، وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف : السدس بينهما نصفان . وهو قياس قول مالك ؛ لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة ، لم يرث بهما جميعًا ، كالأخ من الأب والأم .

ولنا : أنها شخص ذو قرابتين ، ترث بكل واحدة منهما منفردة ، ولا يرجح بها على غيره . فوجب أن يرث بكل واحدة منهما ، كابن العم إذا كان أخًا أو زوجًا ، وفارق الأخ من الأبوين ، فإنه رجح بقرابتيه على الأخ من الأب ، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها ؛ فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر ، ولا ينبغي أن يخل بهما جميعًا ، بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر ، وها هنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث . وصورة ذلك : أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها ، فيولد لهما ولد ، فتكون المرأة أم أم أمه ، وهي من أم أبي أبيه . وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها ، فهي أم أمه وأم أم أبيه . وإن أدلت الجدة بثلاث جهات ، ترث بهن ، لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث » .

٣٨٨٤ - **الحالة الأولى** : السدس سواء كانت لأم كأم الأم ، أو لأب كأم الأب، وسواء كانت واحدة أو أكثر .

٣٨٨٥ - لكن إذا كانت الجدات أكثر من واحدة ، يشترط أن تكون متحاذيات في الدرجة ؛ كأم الأم مع أم الأب . فإن اختلفن في الدرجة كأم الأب مع أم أم الأم حجبت القربى البعيدة .

٣٨٨٦ - وطريق معرفة الوارثات منهن أن تذكر بمقدار العدد الذي تريده لفظة « أم » ، ثم تبدل « الأم » الأخيرة من جهة الميت بـ « أب » في كل مرتبة إلى أن يبقي أم واحدة .

٣٨٨٧ - فلو سئلت عن أربع جدات وارثات مثلًا تقول : أم أم أم أم ، أم أم أم أب ، أم أم أب أب ، أم أب أب أب .

٣٨٨٨ - فالأولى أمية ، والبواقي أبويات ، ولا يتأتى التعداد في الأميات مع الصحة ؛ لأنه متى تخللهن أب يكون جدًّا فاسدًا ، وحينئذٍ تكون الجدات التي فوقه فاسدات لانتسابهن بجد فاسد ، فالجدة الصحيحة من جهة الأم واحدة أبدًا .

٣٨٨٩ - **الحالة الثانية** : سقوطهن . وهذا يختلف بالنسبة لوجودهن مع الأم أو الأب أو الجد أو مع بعضهن على ما يلقى عليك .

٣٨٩٠ - فيسقطن بالأم سواء كن كلهن أبويات أو أميات أو مختلطات ، فمتى وجدت الأم في مسألة من المسائل ومعها جدات ، فلا يأخذن شيئًا .

٣٨٩١ - وتسقط الأبوية بالأب ، وأما الجدة الأمية فلا تسقط به .

٣٨٩٢ - فإذا توفي شخص عن أب وأم أب ، حجبها الأب لإدلائها به . ولو توفي عن أب وأم أم ، ورثت معه السدس ؛ لأنها لم تنتسب به .

٣٨٩٣ - وإنما حجبت الجدات مطلقًا بالأم ولم تحجب بالأب إلا الأبويات ؛ لأن كلًّا من اتحاد السبب والإدلاء له تأثير في الحجب ، فأم الأب تحجب به للإدلاء فقط وتحجب بالأم لاتحاد السبب وهو الأمومة . وأم الأم ترث مع الأب لانعدام المعنيين ، وتحجب بالأم لوجودهما .

٣٨٩٤ - وكما تسقط الأبوية بالأب تسقط بالجد أيضًا ، لكن بشرط أن تكون مدلية به كأم أبي الأب . فإن لم تكن مدلية به فلا يحجبها وإن علت كأم أم الأب فإنها ترث مع أبي الأب ؛ لأنها ليست من قبله بل هي زوجته إن كان بعدها عن الميت بدرجة واحدة ، أو أم زوجته إن كان بعدها بدرجتين على هذه الصورة .

		ميت	
		أب	
أب	جد أول	أم	جدة زوجة الجد الأول
أب	جد ثان	أم	أم زوجة الجد الأول

٣٨٩٥ - وتحجب القربى البعدى من أى جهة كان كل منهما ؛ أي : سواء كانت من جهة الأم أو من جهة الأب .

٣٨٩٦ - فأم الأب تحجب أم أم الأم وأم أبي الأب ، ولا فرق بين أن تكون القربى وارثة أو محجوبة ؛ كأم الأب المحجوبة بالأب فإنها تحجب أم أم الأم فلو لم توجد أم الأب لم تحجب أم أم الأم بالأب ؛ لأنها جدة أمية وقد عرفت أنها لا تحجب به .

٣٨٩٧ - فإن وجدت جدتان صحيحتان في درجة واحدة ، استحقتا السدس ، ويقسم بينهما نصفين اتفاقًا إذا كان كل منهما ذات قرابة واحدة كأم أم وأم أب .

٣٨٩٨ - فإن كانت إحداهما ذات قرابتين كأم أم الأم وهي أيضًا أم أبي الأب ، والأخرى ذات قرابة واحدة كأم أم الأب . قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقسم السدس بينهما أنصافًا باعتبار الأبدان . وهو المعول عليه . وقال محمد : يقسم السدس بينهما أثلاثًا باعتبار الجهات ؛ لأن استحقاق الإرث باعتبار الأسباب ، فإذا اجتمع في واحد سببان متفقان كجَدة من جهتين كانت في الصورة واحدة وفي المعنى متعددة ، فتستحق الإرث بهما معًا ، كما إذا اجتمع في شخص سببان مختلفان ، فإنه يرث بهما اتفاقًا . فإذا ترك شخص ابني عم شقيق أو لأب أحدهما أخ لأم ، يأخذ ذلك الأخ السدس بطريق الفرض والباقي يقسم بينهما نصفين بالتعصيب .

٣٨٩٩ - وكذا إذا توفيت امرأة وتركت ابني عم شقيق أو لأب أحدهما زوجها ، فإن الزوج يأخذ النصف بالفرضية ويقاسم الآخر في النصف الباقي بالتعصيب .

٣٩٠٠ - ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف : أن تعدد الجهة إن اقتضت تعدد الاسم كما في المثالين المذكورين ، كان مقتضيًا لتعدد الاستحقاق بحسب تعددها . وأما إذا لم يقتض تعدد الاسم ، كان في حكم الجهة الواحدة . وما نحن فيه من هذا القبيل .

٣٩٠١ – فإن ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة ، وعلى هذا لو كانت جدة ذات قرابات ثلاثة مع جدة ذات قرابة واحدة ، يقسم السدس بينهما أنصافًا عند أبي يوسف وأرباعًا عند محمد .

مـــيـــت	
أم أم الميت وبنت بنت الأولى	أب أبو الميت وابن ابن الأولى
أم	أم زوجة ابن الأولى
أم أب الأولـــى	أم
الأولى ذات القرابتين	الثانية ذات قرابة واحدة

٣٩٠٢ – وتوضيح هذه الصورة : أن امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها ، فولد منهما ولد ، فهذه المرأة جدة لهذا الولد من قبل أبيه ؛ لأنها أم أبي أبيه. ومن قبل أمه ؛ لأنها أم أم أمه ، فهي جدة ذات قرابتين . ثم إنه من غير شك كانت هناك امرأة أخرى تزوج بنتها ابن المرأة الأولى ، فولد منهما ابن ابن الأولى الذي هو أبو الميت ، فهذه أم أم أبي الميت فهي ذات قرابة واحدة ، فهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة ، فإذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة .

٣٩٠٣ – وإذ أردت أن تصور الجدة ذات القرابات الثلاث تقول : إن تلك المرأة التي زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد منها مذكرًا إذا زوجت هذا المولود بنت بنت بنت أخرى لها فولد منهما ولد كانت تلك المرأة للمولود الثاني أم أم الأم وأم أم الأب وأم أبي أبي الأب ، وكانت صاحبتها ؛ أعنى : أم زوجة ابنها للمولود الثاني أم أم أبي الأب .

٣٩٠٤ – فقد بان لك مما سبق أن أصحاب الفروض اثنا عشر :

٣٩٠٥ – أربعة من الذكور ؛ وهم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج .

٣٩٠٦ – وثمانية من الإناث ؛ وهن : البنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والأم ، والجدة الصحيحة ، والزوجة .

٣٩٠٧ – وأن كل واحد منهم له أحوال تختلف باختلاف الورثة الموجودين معه ، وقد عرفت جميعها من هذا الباب ، ولكنها مفرقة . فلأجل التسهيل وضعنا لك جدولًا يبين لك جميع هذه الأحوال في صحيفة واحدة ؛ ليسهل لك معرفة أي حالة تريد

البحث عنها لأي وارث من المذكورين .

٣٩٠٨ - فإن استفدت ما أنت طالبه منه فبها ، وإلا فارجع إلى نفس الحالة التي تريدها في شرح أحوالهم تجدها واضحة بما لا مزيد عليه .

٣٩٠٩ - ولأجل زيادة السهولة ، رتبنا أصحاب الفروض وأحوالهم في هذا الجدول على حسب ترتيبها في الشرح .

٣٩١٠ - وكيفية وضعه : أننا أثبتنا جميع أصحاب الفروض في المربعات الرأسية من جهة اليمين ، ووضعنا أحوال كل واحد أمامه في الخانات المربعات الأفقية ، وهذا هو الجدول [١] :

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٣) :

١ - تحجب الجدة الثابتة بالأم مطلقًا، والجدة البعيدة بالجدة القريبة، والجدة لأب بالأب .

٢ - الجد العصبي يحجب الجدة إذا كانت أصلًا له .

« جدول أحوال أصحاب الفروض »

الأب له أحوال ٣	١ يرث بالفرض المطلق الخالي عن التعصب مع الفرع الوارث المذكر وهو الابن وابن الابن وإن نزل	٢ يرث بالفرض والتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث وهو البنت وبنت الابن وإن نزل أبوها	٣ يرث بالتعصيب المحض عند عدم الفرع الوارث مطلقًا		
أحوال الجد ٣	هي أحوال الأب نفسها عند عدم الأب ويخالفه في مسائل أربعة	١ أم الأب لا ترث معه وترث مع الجد	٢ الأم لها ثلث الباقي مع الأب بعد فرض أحد الزوجين وثلث الكل مع الجد	٣ الأخوة الأشقاء أو لأب وكذلك الأخوات يسقطون بالأب إجماعًا ولا يسقطون بالجد إلا عند أبي حنيفة	٤ المعتق لا شيء له مع ابنه إجماعًا وأبو المعتق له السدس مع ابنه عند أبي يوسف
أحوال أولاد الأم ٣	١ الواحد منهم له السدس سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا	٢ الثلث للاثنين فأكثر	٣ لا يأخذون شيئًا مع الفرع الوارث مطلقًا والأصل الوارث المذكر	عندما يأخذون الثلث يستوي مؤنثهم ومذكرهم في القسمة	

<table dir="rtl">
<tr><td>أحوال الزوج
٢</td><td colspan="3">١
النصف عند عدم الفرع الوارث</td><td colspan="2">٢
الربع عند عدم وجود الفرع الوارث</td><td colspan="2" rowspan="2">الفرع الوارث هو الابن وابن الابن وإن نزل والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها</td></tr>
<tr><td>أحوال الزوجة أو الزوجات
٢</td><td colspan="3">١
الربع عند عدم الفرع الوارث</td><td colspan="2">٢
الثمن عند عدم وجود الفرع الوارث</td></tr>
<tr><td>أحوال البنات الصلبيات
٣</td><td colspan="3">١
النصف للواحدة</td><td colspan="3">٢
الثلثان للأكثر من الواحدة</td><td>٣
الإرث بالتعصيب مع الابن</td></tr>
<tr><td>أحوال بنات الابن
٦</td><td>١
النصف للواحدة</td><td>٢
الثلثان للأكثر من الواحدة</td><td>٣
الإرث بالتعصيب مع ابن الابن</td><td colspan="2">٤
يرث السدس مع البنت الواحدة</td><td>٥
سقوطهن بالبنتين إلا إذا كان معهن أو معها معصب</td><td>٦
سقوطهن بالابن</td></tr>
</table>

أحوال الأخوات الشقيقات ٥	١ النصف للواحدة	٢ الثلثان للاثنين فأكثر	٣ تعصيبهن بالأخ الشقيق	٤ يصرن عصبة مع البنت أو بنت الابن	٥ سقوطهن مع الابن وابن الابن وإن نزل ، والأب والجد الصحيح وإن علا		
أحوال الأخوات لأب ٧	١ النصف للواحدة	٢ الثلثان للاثنين فأكثر	٣ تعصيبهن بالأخ	٤ يصرن عصبة مع البنت أو بنت الابن	٥ سقطوهن بالابن وابن الابن وإن نزل ، وبالأب والجد الصحيح وبالأخ الشقيق والعصبة مع الغير	٦ استحقاقهن السدس مع الشقيقة الواحدة .	٧ سقوطهن بالأختين الشقيقتين إذا لم يكن معهن معصب

أحوال الأم ٣	١ سدس كل التركة مع وجود الفرع الوارث أو اثنين من الأخوة أو الأخوات مطلقًا	٢ ثلث كل التركة عند عدم الفرع الوارث أو اثنين من الأخوة أو الأخوات مطلقًا	٣ ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين في مسألتين (١) زوج أم أب (٢) زوجة أم أب
أحوال الجدة أو الجدات ٢	١ السدس للواحدة أو الأكثر إذا كن صحيحات متحاذات في الدرجة	٢ سقوطهن بالأم سواء كن أبويات أو أميات وسقوط الأبويات بالأب والجد إذا انتسبت به ، وسقوط البعدى بالقربى من أي جهة كانت	

الباب الخامس
في الإرث بالتعصيب

(مادة ٦٠٧)

الْعَاصِبُ شَرْعًا : كُلُّ مَنْ حَازَ جَمِيعَ التَّرِكَةِ إِذَا انْفَرَدَ ، أَوْ حَازَ مَا أَبْقَتْهُ الْفَرَائِضُ .
وَالْعَصَبَةُ نَوْعَانِ : نَسَبِيٌّ ، وَسَبَبِيٌّ .
فَالنَّسَبِيُّ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : عَاصِبٍ بِنَفْسِهِ ، وَعَاصِبٍ بِغَيْرِهِ ، وَعَاصِبٍ مَعَ غَيْرِهِ (١) .

* * *

٣٩١١ - اعلم أن العصبة تنقسم انقسامًا أوليًا إلى قسمين :

٣٩١٢ - **الأول** : **العصبة النسبية** : وهي الآتية من جهة النسب ، أي : القرابة .

٣٩١٣ - **والثاني** : **العصبة السببية** : وهي الآتية من جهة السبب أي : العتق .

٣٩١٤ - والأول ينقسم إلى ثلاثة أقسام : عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره ، وعاصب مع غيره .

٣٩١٥ - ولكن عندما يطلق « العاصب » لا ينصرف إلا إلى العاصب بنفسه ، وهو : من يأخذ جميع المال عند انفراده ، أو ما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر إن لم يكن محجوبًا به .

٣٩١٦ - كالأخت الشقيقة مع الابن ، فإنها وإن كانت صاحبة فرض ، إلا أنها لا تأخذ شيئًا معه (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٥١) : « العصبات : هم كل من ليس له سهم مقدر ، ويأخذ ما بقي من سهام ذوي الفروض وإذا انفرد أخذ جميع المال ، كذا في الاختيار شرح المختار . فالعصبة نوعان : نسبية وسببية ، فالنسبية ثلاثة أنواع : عصبة بنفسه ، وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهم أربعة أصناف : جزء الميت وأصله ، وجزء أبيه ، وجزء جده ، كذا في التبيين فأقرب العصبات الابن ثم ابن الابن وإن سفل ، ثم الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ، ثم الأخ لأب وأم ، ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم لأب وأم ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم لأب وأم ، ثم ابن العم لأب ، ثم عم الأب لأب ، وأم ثم عم الأب لأب ، ثم ابن عم الأب لأب وأم ، ثم ابن عم الأب لأب ثم عم الجد ، هكذا في المبسوط » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧٤) : ١ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب . =

القسم الأول
وهو العاصب بنفسه النسبي

(مادة ٦٠٨)

الْعَاصِبُ بِنَفْسِهِ : هُوَ كُلُّ مَنْ لَمْ يَحْتَجْ فِي عُصُوبَتِهِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُنْثَى .

وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْنَافٍ بَعْضُهَا أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ بَعْضٍ عَلَى التَّرْتِيبِ الآتِي بَعْدُ :

الصِّنْفُ الأَوَّلُ : ابْنُ الْمَيِّتِ وَإِنْ سَفَلَ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا لَا غَيْرَ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلابْنِ بِالْعُصُوبَةِ .

الصِّنْفُ الثَّانِي : الأَبُ ، أَوِ الْجَدُّ الصَّحِيحُ وَإِنْ عَلَا عِنْدَ عَدَمِ الابْنِ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا وَأَبًا أَوْ جَدًّا ، فَالسُّدُسُ لِلأَبِ أَوِ الْجَدِّ بِالْفَرْضِ وَالْبَاقِي لِلابْنِ بِالْعُصُوبَةِ .

الصِّنْفُ الثَّالِثُ : الإِخْوَةُ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الإِخْوَةِ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأَبٍ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ أَبًا أَوْ جَدًّا وَأَخًا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلأَبِ أَوِ الْجَدِّ بِالْعُصُوبَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلأَخِ ، لأَنَّ الأَبَ أَوِ الْجَدَّ أَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ عِنْدَ عَدَمِ الابْنِ ، أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ أَخًا وَابْنَ أَخٍ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ ، وَلَا شَيْءَ لابْنِ الأَخِ عِنْدَ وُجُودِ الأَخِ .

الصِّنْفُ الرَّابِعُ : عَمٌّ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الْعَمِّ لأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لأَبٍ وَإِنْ سَفَلُوا عِنْدَ عَدَمِ الأَخِ وَابْنِهِ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ عَمًّا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ وَأَخًا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ أَوْ ابْنَ أَخٍ

= ٢ - العصبة من النسب ثلاثة أنواع :

أ - عصبة بالنفس .

ب - عصبة بالغير .

جـ - عصبة مع الغير .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩١) أ - الإرث بالتعصيب هو إرث غير مقدر إلى أقارب الميت من المذكور ومن نزل منزلتهم أو اشترك معهم من الإناث الذين لا يقتصرون في انتسابهم إلى الميت على أنثى .

ب - العصبة أنواع ثلاثة :

١ - عصبة بالنفس .

٢ - عصبة بالغير .

٣ - عصبة مع الغير .

لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ أَوِ ابْنِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْعَمِّ لأَنَّ الأَخَ أَوِ ابْنَهُ أَوْلَى . أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ عَمًّا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ وَابْنَ عَمٍّ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْعَمِّ دُونَ ابْنِ الْعَمِّ .

ثُمَّ عَمُّ أَبِيهِ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو عَمِّ الأَبِ لأَبَوَيْنِ ثم لأَبٍ وَإِنْ سَفَلُوا ، عِنْدَ عَدَمِ ذَلِكَ الْعَمِّ وَابْنِهِ ، ثُمَّ عَمُّ جَدِّهِ الصَّحِيحِ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ بَنُوهُ وَإِنْ سَفَلُوا عِنْدَ عَدَمِ عَمِّ الأَبِ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ وَبَنِيهِ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ وَثُمَّ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) : « (وأقربهم) أي : أقرب العصبات (جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل) لدخولهم في اسم الولد ، وغيرهم محجوبون بهم ، لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ ﴾ إلى أن قال سبحانه : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ ﴾ فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهمًا مقدرًا فتعين الباقي له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة ، وابن الابن ابن ؛ لأنه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضًا ومن حيث المعقول أن الإنسان يؤثر ولد ولده على ولده ويختار صرف ماله ، ولأجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام : « **الولد مبخلة مجبنة** » وقضية ذلك أن لا تجاوز بكسبه محل اختياره ، إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على قضية الدليل ، وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضًا عليه وعلى كل عصبة إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها ، وجعل الباقي لأولى رجل (ثم أصله وهو الأب والجد الصحيح) أي أب الأب . (وإن علا) وأولاهم به الأب ؛ لأن اللَّه تعالى شرط لإرث الإخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه ، فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة وعليه إجماع الأمة ، فإذا كان ذلك مع الإخوة ، وهو أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كالأعمام وغيرهم ، والجد يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ، ويقدم على الإخوة فيه ، فكذا في الميراث وهو قول أبي بكر الصديق - رضي اللَّه تعالى عنه - وبه أخذ الإمام (ثم جزء أبيه وهم الإخوة لأبوين أو) الإخوة (لأب ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا) وإنما قدموا على الأعمام ؛ لأن اللَّه تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد ، فعلم بذلك أنهم يقدمون على الأعمام ، وإنما قدم الأخ لأب وأم ؛ لأنه أقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الأعمام لأبوين أو لأب ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا ثم جزء جد أبيه كذلك) أي : أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت ؛ لأنهم جزء الجد فكانوا أقرب ، ثم أعمام الأب ؛ لكونهم أقرب بعد ذلك ؛ لأنهم جزء الجد ، ثم أعمام الجد ؛ لأنهم أقرب بعدهم ويقدم العم لأب وأم على العم لأب ، ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٢/٤ - ٣٠) : « (الابن) المنفرد (يستغرق المال وكذا) الابنان و (البنون) إجماعًا في الجميع .

تنبيه : اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

تنبيه : لو عبر بالتركة هنا وفيما سيأتي ليشمل غير المال كان أولى ، وإرث الابن بالعصوبة ، وقيل : لا يسمى عصبة ؛ لأن العصبة من قد يحجب ، وهو لا يحجب . قال في البسيط : والخلاف لفظي (وللبنت) الواحدة =

....

= (النصف وللبنتين فصاعدًا الثلثان) وهذا قد سبق في فصل أصحاب الفروض وذكر هنا تتميمًا للأقسام وتوطئة ؛ لقوله : (ولو اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ) أي : نصيب (الأنثيين) ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ ﴾ الآية وإنما فضل الذكر على الأنثى لاختصاصه بلزوم ما لا يلزم الأنثى من الجهاد ، وتحمل العاقلة وغيرهما ، وله حاجتان حاجة لنفسه وحاجة لزوجته ، وللأنثى حاجة واحدة لنفسها ، بل هي غالبًا مستغنية بالتزويج عن الإنفاق من مالها ، ولكن لما علم اللَّه ﷻ احتياجها إلى النفقة وأن الرغبة تقل فيها إذا لم يكن لها مال جعل لها حظًّا من الإرث وأبطل حرمان الجاهلية لها ، وإنما جعل لها نصف ما للذكر ؛ لأنها كذلك في الشهادة ، وخولف هذا القياس في إخوة الأم فسوى بين ذكرهم وأنثاهم لإدلائهم بالأم وبين الأب والأم فيما إذا كان هناك ابن مثلًا فجعل لكل منهما السدس لتعبها في تربية الولد غالبًا (وأولاد الابن) وإن نزل (إذا انفردوا كأولاد الصلب) فيما ذكر بالإجماع لتنزيلهم منزلتهم (فلو اجتمع الصنفان) أي : أولاد الصلب وأولاد الابن (فإن كان من ولد الصلب ذكر) منفردًا أو مع غيره (حجب أولاد الابن) بالإجماع (وإلا) بأن لم يكن ذكر (فإن كان للصلب بنت فلها النصف ، والباقي لولد الابن الذكور) فقط بالسوية بينهم (أو) الباقي لولد الابن (الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين قياسًا على أولاد الصلب (فإن لم يكن) من أولاد الابن (إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس) تكملة الثلثين . أما الواحدة فلأنه ﷺ قضى لها به رواه مسلم عن ابن مسعود ، وأما في الزائد على الواحدة فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين ، فالبنت وبنات الابن أولى بذلك ، وترجحت بنت الصلب على بنات الابن بقربها فيشتركن في السدس كالجدات الوارثات (وإن كان للصلب بنتان فصاعدًا أخذتا) أو أخذن (الثلثين) كما مرَّ (والباقي لولد الابن الذكور) بالسوية (أو الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين (ولا شيء للإناث الخلص) من ولد الابن مع بنتي الصلب بالإجماع كما قاله ابن المنذر (إلا أن يكون أسفل منهن ذكر فيعصبهن) في الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ إذ لا يمكن إسقاطه ؛ لأنه عصبة ذكر ولا إسقاط من فوقه وإفراده بالميراث مع بعده ؛ لأنه لو كان في درجتهن لم يفرد مع قربه ، وأفهم تعصيبه لهن إذا كان في درجتهن من باب أولى ، وهذا يسمى الأخ المبارك ، أما الأعلى فيسقطن به (وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب) في جميع ما مرَّ (وكذا سائر) أي باقي (المنازل) من كل درجة نازلة مع درجة عالية كأولاد ابن الابن مع أولاد ابن الابن (وإنما يعصب الذكر النازل) من أولاد الابن عن إناثهم (من في درجته) كأخته وبنت عمه فيعصبها مطلقًا سواء أفضل لها من الثلثين شيء أم لا . كما يعصب الابن البنات ، وخرج بقوله من في درجته من هي أسفل منه ، فإنه يسقطها كما مرَّ (ويعصب من فوقه) كبنت عم أبيه (إن لم يكن لها شيء من الثلثين) كبنتي صلب وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فإن كان لها شيء منهما لم يعصبها كبنت وبنت ابن وابن ابن ابن ؛ لأن لها فرضًا استغنت به عن تعصيبه ، ولا يقال : تأخذ السدس ويعصبها في الباقي ؛ لأن الجمع بين فرض وتعصيب بجهة واحدة من خصائص الأب والجد .

تنبيه : قال الفرضيون : ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه ، وبنات أعمام أبيه وجده إلا المستنزل من أولاد الابن . (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للأب (ورثوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعدًا الثلثان ، =

....

= وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب) وانفردوا عن الإخوة والأخوات للأبوين ورثوا كأولاد الصلب (إلا) أي لكن (في المشركة) بفتح الراء المشددة بخطه أي : المشرك فيها بين الشقيق وولدي الأم ، وقيل بكسرها بمعنى فاعلة التشريك (وهي زوج وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعدًا (وأخ لأبوين) فأكثر (فيشارك الأخ) الشقيق ولو كان معه من يساويه من الإخوة والأخوات (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض ، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصوبته ، وتسمى هذه أيضًا بالحمارية ؛ لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر ﷺ فحرم الأشقاء ، فقالوا : هب أن أباهم كان حمارًا ألسنا من أم واحدة ؟ ، فشرك بينهم وفي مستدرك الحاكم أن زيدًا هو القائل : هب أن أباهم كان حمارًا أما زادهم الأب إلا قربًا ، وروي أن عمر رضي اللّه تعالى عنه هو القائل ذلك ، وروي أنه قضى بها مرة فلم يشرك ، ثم قضى في العام الثاني فشرك ، فقيل : إنك أسقطته في العام الماضي ، فقال : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي . وتسمى المنبرية ؛ لأنه سئل عنها وهو على المنبر ، وروي هب أن أبانا كان حجرًا ملقى في اليم ، فعلى هذا تسمى الحجرية واليمية .

وأصل المسألة ستة ، وتصح من ثمانية عشر إذا لم يكن مع الأخ من يساويه ، فإن كان معه أخت صحت من اثني عشر ، ولا تفاضل بينه وبينها (ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخ لأب سقط) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أم يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب فرض لها النصف وعالت ، ولو كانتا اثنتين فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان وأعيلت ، ولو كان معهن أخ لأب سقط وأسقطهن ؛ ولذلك سمي هذا الأخ المشؤوم ، ولو كان بدل الشقيق أخت شقيقة فرض لها النصف أو ثنتان فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان أو خنثى شقيق فبتقدير ذكورته هي المشركة ، وتصح من ثمانية عشر كما مرَّ ، وبتقدير أنوثته تعول إلى تسعة وبينهما تداخل ، فيصحان من ثمانية عشر ، وإلا ضرَّ في حقه ذكورته وفي حق الزوج والأم أنوثته ، ويستوي في حق ولدي الأم الأمران ، فإذا قسمت يفضل أربعة موقوفة بينه وبين الزوج والأم ، فإن كان أنثى أخذها أو ذكرًا أخذ الزوج ثلاثة والأم واحدًا (ولو اجتمع الصنفان) من الإخوة لأبوين والإخوة لأب (فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنه) فإن كان من أولاد الأبوين ذكر ، ولو مع أنثى حجب أولاد الأب أو أنثى فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يكن من ولد الأب إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس تكملة الثلثين ، وإن كان ولد الأبوين اثنتين فأكثر فلهما ، أو لهن الثلثان والباقي لولد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، ولا شيء للإناث الخلص منهما مع الأختين لأبوين فأكثر (إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجتهن أو أسفل) منهن كما مرَّ (والأخت لا يعصبها إلا أخوها) لا ابن الأخ ولا ابن العم ، فلو خلف شخص أختين لأبوين وأختًا لأب ، وابن أخ لأب فللأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يعصب الأخت ؛ لأنه لا يعصب أخته فلا يعصب عمته ، وأيضًا ابن الابن يسمى ابنًا حقيقة أو مجازًا وابن الأخ لا يسمى أخًا ، وسكت المصنف عما لو اجتمع أخ لأبوين ولأب ولأم ، وحكمهم أن للأخ للأم السدس ، والباقي للشقيق ولا شيء للأخ للأب ، فإن كان الجميع إناثًا كان للشقيقة النصف ، وللتي للأب السدس تكملة الثلثين ، وللتي للأم السدس (وللواحد من الإخوة أو الأخوات لأم السدس ، ولاثنين) =

....

= منهم (فصاعدًا الثلث سواء ذكورهم وإناثهم) بالإجماع ؛ ولأنهم يشتركون بالرحم فاستووا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث ، وبهذا فارقوا الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنهم يرثون بالعصوبة .
(والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن عصبة كالإخوة) لما روى البخاري أن ابن مسعود ﷺ سئل عن بنت وبنت ابن وأخت ، فقال : لأقضين فيها بما قضى رسول الله ﷺ : « للابنة النصف ولابنة الابن السدس وما بقي فللأخت » . قال الإمام : ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين ، فلو فرضنا للأخوات ، وأعلنا المسألة نقص نصيب البنات ، أو بنات الابن ، فاستبعدوا أن تزاحم الأخوات الأولاد أو أولاد الابن ، ولم يمكن إسقاطهن فجعل عصبات ليدخل النقص عليهن خاصة .
ثم بين فائدة كونها عصبة بقوله : (فتسقط أخت لأبوين) اجتمعت (مع البنت) أو بنت الابن أو معهما الإخوة و (الأخوات لأب) كما يسقطهم الأخ الشقيق .
تنبيه : وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم حكمه في الإرث كأبيه اجتماعًا وانفرادًا .
تنبيه : لو قال بدل الأخوات لأب : أولاد الأب لكان أولى ليشمل ما قدرته ، ولو كان مع الأخت الشقيقة أخ شقيق عصبها وكان الباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لئلا يلزم مخالفة أصل أن للذكر ضعف ما للأنثى ؛ ولأن تعصيبها إنما هو للضرورة كما مرَّ (وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم) حكمه في الإرث (كأبيه اجتماعًا وانفرادًا) فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد ويأخذ ما فضل عن الفروض ، وعند اجتماعهم يسقط ابن الشقيق ابن الأخ للأب (لكن يخالفونهم) أي : آباءهم (في أنهم لا يردون الأم) من الثلث (إلى السدس) بخلاف آبائهم ؛ لأن الله تعالى أعطاها الثلث حيث لا إخوة ، وهذا الاسم لا يصدق على بنيهم كما مرَّ (ولا يرثون مع الجد) بل يسقطون به وآباؤهم يرثون معه ؛ لأن الجد كالأخ بدليل تقاسمهما إذا اجتمعا ، وإذا كان كالأخ فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه (ولا يعصبون أخواتهم) ؛ لأنهم من ذوي الأرحام (ويسقطون في المشركة) بخلاف آبائهم الأشقاء ؛ لأن مأخذ التشريك قرابة الأم ، وهي مفقودة في ابن الأخ ، وهذه المخالفة مختصة ببني الإخوة للأبوين كما قررته تبعًا للمحرر ؛ لأن الإخوة لأب وبنيهم سيان في ذلك كما مرَّ .
تنبيه : قد اقتصر المصنف تبعًا للرافعي على استثناء هذه الصور الأربع ، وزاد في الروضة ثلاث صور أخر : الأولى : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب وأولادهم لا يحجبونهم . الثانية : الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق وابنه لا يحجبه . الثالثة : بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات .
فائدة : الإخوة والإخوان : جمع أخ ، سواء في ذلك أخو النسب ، وأخو الصداقة . وقال أهل البصرة : الإخوة في النسب والإخوان في الأصدقاء . قال أبو حاتم : وهذا غلط بل كل يستعمل فيهما . (والعم لأبوين ولأب) حكمه في الإرث (كالأخ من الجهتين اجتماعًا وانفرادًا) منصوبان بنزع الخافض أي : في الاجتماع والانفراد أو على التمييز أي : من جهة الاجتماع والانفراد ، فمن انفرد منهما استغرق المال وإلا أخذ الباقي بعد الفرض ، وإذا اجتمعا سقط العم لأب بالعم لأبوين كأخ من أب مع أخ لأبوين ، هذا عند عدم بني الإخوة ؛ لأنهم يحجبونهم لتأخر رتبتهم عنهم (وكذا قياس بني العم) من الأبوين أو من الأب عند عدم العم =

....

= كبني الإخوة (و) كذا قياس (سائر) أي : باقي (عصبة النسب) كبني بني العم وبني بني الإخوة وهلم جرا .
فإن قيل : يرد على المصنف بنو الأخوات اللواتي هن عصبة مع البنات مع أن بنيهن ليسوا مثلهن ، وهن من عصبة النسب ؟ ، أجيب بأن الكلام في العصبة بنفسه (والعصبة) ويسمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث قاله المطرزي وتبعهم المصنف ، وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد ؛ لأنه جمع عاصب ، ومعنى العصبة لغة : قرابة الرجل لأبيه ، وشرعًا كما قال المصنف : (من ليس له) حال التعصيب بجهة التعصيب (سهم مقدر من) الورثة (المجمع على توريثهم) وغيرهم من ذوي الأرحام ، وإنما قيدت المقدر بجهة التعصيب لئلا يرد ابن عم هو زوج أو أخ لأم ؛ لأن ما يأخذه فرضًا ليس من جهة التعصيب بل من جهة الزوجية أو أخوة الأم ، ويدخل في ذلك الأب والجد والأخوات مع البنات ، وأدخلت في كلامه ذوي الأرحام ، إذ الصحيح في توريثهم مذهب أهل التنزيل كما مرَّ فإنهم ينزلون كلًّا منهم منزلة من يدلي به ، وهم ينقسمون إلى ذوي فرض وعصبات .
تنبيه : كل من ذكره من الرجال عصبة إلا الزوج والأخ للأم ، وكل من ذكره من النساء ذات فرض إلا المعتقة ، ثم ذكر المصنف بعد تعريف العصبة حكمه بقوله : (فيرث المال) وما ألحق به إذا انفرد ، وذلك في بعض أحواله حيث لم يكن معه ذو فرض ، ولم ينتظم في صورة ذوي الأرحام بيت المال (أو ما فضل بعد الفروض) أو الفرض ، إن كان معه ذو فرض ، أو ذو فروض أي : سهم مقدر ولم ينتظم في تلك الصورة بيت المال وكان ذو الفرض فيها أحد الزوجين ، وتقدم بيان من له فرض ، ومن حكم العاصب أيضًا أنه يسقط عند استغراق الفروض كما سبق إلا إذا انقلب إلى فرض كالشقيق في المشركة ، ومن حكمه أيضًا أن قريب الجهة فيه مقدم على القريب للميت ، فلو مات عن ابن ابن أخ وابن عم ، فالأول أولى كما قاله القاضي حسين .
تنبيه : والعصبة بغيره هن البنات والأخوات غير ولد الأم مع أخيهن .
تنبيه : قوله : فيرث المال صادق بالعصبة بنفسه ، وهو ما تقدم وبنفسه وغيره معًا ، والعصبة بغيره هن البنات والأخوات غير ولد الأم مع أخيهن ، وقوله : أو ما فضل إلخ صادق بذلك ، وبالعصبة مع غيره ، وهن الأخوات مع البنات وبنات الابن ، فليس لهن حال يستغرقن فيها المال ، والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره أن في الأول لحمة عصبة بخلاف الثاني » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٨/٢٠٥ ، ٢٠٦) : « ولعاصب ورث المال ، أو الباقي بعد الفرض وهو الابن ، ثم ابنه وعصب كل أخته ، ثُمَّ الأب ، ثم الجد والإخوة ، كما تقدم ، ثم الشقيق ، ثم للأب وهو كالشقيق عند عدمه أصل العاصب الشدة والقوة ومنه عصب الحيوان ؛ لأنه يعينه على الشدة والمدافعة فعصبة الرجل بنوه وقرابته لأبيه ، وإنما سموا عصبة ؛ لأنهم عصبوا به فالأب طرف والابن طرف والعم جانب والأخ جانب والجمع العصبات ، وإنما أخر المؤلف ذكر العاصب عن الذي يرث بالفرض ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الورثة فلأولى رجل ذكر » وفائدة وصف الرجل بالذكورة التنبيه على سبب استحقاقه وهو الذكورة التي هي سبب العصوبة والترجيح في الإرث ، ولهذا جعل للذكر مثلي الأنثى والعاصب بنفسه هو الذي يرث جميع المال إذا انفرد ، ويأخذ ما بقي عن أصحاب الفروض كالابن وابنه عند عدم الابن والأب والجد عند عدم الأب والأخ الشقيق والأخ للأب عند عدم الشقيق ، وقوله كما تقدم راجع للجد والإخوة أي كما مرَّ من التفصيل أو راجع للإخوة فقط ، وهذا أحسن ويكون التفصيل وهو قوله : =

....

= الشقيق ثم للأب بتجريد الشقيق من أداة العطف قاصرًا على الإخوة ؛ لأن بتجريد الشقيق من أداة العطف كما هو الصواب كما قال ابن غازي يكون الشقيق ثم للأب بدلًا من الإخوة مفصلًا ، وقوله : وعصب كل أخته الظاهر ، والله أعلم أن مقصوده ، وإن كان كلامه في العاصب بنفسه بيان العاصب بغيره استطرادًا فالغرض فيما سبق بيان تخصيص أنها تستحق النصف إذا لم يكن معها من يساويها ، ولا من يعصبها والغرض هنا بيان أنها عصبة بغيرها ، فلا تكرار ؛ لأن الغرضين مختلفان واعلم أن العاصب على ثلاثة أقسام عصبة بنفسه ، وعصبة مع غيره ، وعصبة بغيره ، فالأول : كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى ، والثاني : كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت ، أو بنت الابن ، والثالث : النسوة الأربع اللاتي فرضهن النصف إذا اجتمع كل مع أخيه والفرق بين الأخيرين أنا إذا قلنا عصبة بغيره فالغير عصبة ، أو مع غيره لم يجب كونه عصبة وهو اصطلاح والحقيقة واحدة ، وقوله : وهو كالشقيق عند عدمه يغني عنه قوله : ثم للأب صرح به لأجل قوله .

إلا في الحمارية والمشتركة زوج وأم ، أو جدة وأخوان فصاعدًا لأم وشقيق وحده ، أو مع غيره فيشاركون الإخوة للأم الذكر كالأنثى دل هذا الاستثناء على أن الشقيق عاصب إلا في هذه المسألة ، وإنما يرث بالفرض وشرط كونها مشتركة تعدد الإخوة للأم ، وأن لا يكون الأشقاء كلهن إناثًا ، فإن كان بدل الشقيق أنثى واحدة شقيقة أو لأب عالت الفريضة بمثل نصفها إلى تسعة ، وإن كانتا اثنتين عالت بمثل ثلثيها إلى عشرة وهي غاية عول الستة وترث الأشقاء في المشتركة للذكر مثل حظ الأنثى فأصلها من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، وللأم أو الجدة السدس واحد وللإخوة للأم اثنان ، ولا شيء للشقيق ومن معه على ظاهر الحال وقد نزلت هذه المسألة بسيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أول مرة فأسقط فيها الأشقاء ثم لما كان في العام المقبل أتي عمر بمثلها فأراد أن يقضي بذلك فقال له زيد بن ثابت : أليست الأم تجمعهم ، هب أن أباهم كان حمارًا ما زادهم الأب إلا قربًا وقيل : قائل ذلك أحد الورثة ، وقيل : قائله أحدهم لعلي لا لعمر ، فأشرك عمر بينهم وبين ولد الأم في الثلث ، فقيل له لِمَ لَمْ تقض بهذا في العام الماضي ؟ ، فقال عمر : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي ، ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر ، ولو كان في المشتركة جد لسقطت الإخوة للأم والأشقاء إنما يرثون فيها بالأم والجد يسقط كل من يرث بها وتلقب هذه بشبهة المالكية للجد الثلث الباقي بعد فرض الزوج والأم وتسقط الإخوة الأشقاء ، وكما تسمى هذه المسألة بالحمارية والمشتركة ؛ لقول القائل : هب أن أباهم كان حمارًا ولتشريك الشقيق مع الإخوة للأم تسمى أيضًا بالحجرية وباليمية ؛ لما قيل إنهم قالوا : هب أن أباهم كان حجرًا ملقي في اليم وبالمنبرية ؛ لأن عمر سئل عنها وهو على المنبر .

وأسقطه أيضًا الشقيقة التي كالعاصب لبنت ، أو بنت ابن فأكثر الضمير في أسقطه يرجع للأخ للأب ، والمعنى أن الأخ للأب يسقط في هذه المسألة كما سقط فيما قبلها ، فإذا ترك الميت بنتًا فأكثر ، أو بنت ابن فأكثر وأختًا شقيقة وأخًا لأب ، فلا شيء للأخ للأب ؛ لأجل الشقيقة التي صارت كالعاصب لأجل بنت ، أو بنت ابن فأكثر فتحجبه عن الميراث حجب حرمان ؛ لأن حالها معه كحال الأخ الشقيق فكما يحجب بالشقيق يحجب أيضًا بالشقيقة .

ثم بنوهما ثم العم الشقيق ثم للأب ثم عم الجد الأقرب فالأقرب ، وإن غير شقيق وقدم مع التساوي الشقيق =

....

= مطلقًا ثم المعتق كما تقدم ثم بيت المال ، ولا يرد ، ولا يدفع لذوي الأرحام يعني أن بني الإخوة الأشقاء أو لأب ينزلون منزلة الإخوة في عدمهم فهم حينئذ عصبة ؛ فابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ للأب ثم بعد الإخوة تأتي مرتبة الأعمام ، فالعم الشقيق يقدم على العم للأب والعم للأب يقدم على ابن العم الشقيق ، وابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب ، وقد علمت أن عصبة الابن أولى من عصبة الأب ، وعصبة الأب أولى من عصبة الجد ، وكذلك عم الجد الشقيق يقدم على عم الجد لأبيه ، وابن عم الجد الشقيق يقدم على ابن عم الجد لأبيه ومع التساوي يقدم الشقيق على غيره ومع عدم التساوي يقدم الأقرب فالأقرب ، وإن غير شقيق ثم الشخص المعتق فيأخذ جميع المال عند عدم النسب ، أو ما أبقت الفروض كما مرَّ في الولاء عند قوله : وقدم عاصب النسب ثم المعتق ثم عصبته إلخ ، ثم بيت المال فهو عاصب على المشهور منتظمًا ، أو غير منتظم عند عدم من يرث بالنسب ، أو بالولاء فيأخذ الجميع إن انفرد أو الباقي بعد ذوي الفروض أو الفرض ، ولا يرد ما فضل عن أصحاب الفروض إليهم عند مالك وزيد وأهل المدينة والشافعي وجمهور قضاة الصحابة ، وقال علي : يرد على كل واحد بقدر ما ورث سوى الزوج والزوجة ، فلا يرد عليهما إجماعًا ، ولا يدفع ما فضل عن أصحاب الفروض لذوي الأرحام على المشهور لكن الشيخ أبو بكر الطرطوشي قيد هذا بما إذا كان الإمام عدلًا ، وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام .

ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت ، وإن سفلت كابن عم أخ لأم يعني أن الأب ، أو الجد كل منهما يرث بالفرض والتعصيب معًا مع بنت الصلب ، وإن تعددت ومع بنت الابن ، وإن تعددن فيفرض لأحدهما معها ، أو معهن السدس بالفرض ويأخذ الباقي بالتعصيب ، وكذلك ابن العم إذا كان أخًا لأم ، فإنه يرث السدس بالفرض والباقي بالتعصيب ، فإن كان معه ابن عم آخر ليس أخًا لأم كان ما فضل عن السدس بينهما ، فإن كان ابن العم زوجًا أخذ النصف بالفرض والباقي بالتعصيب إذا لم يكن له من يشاركه فيه أو من هو أولى منه وأتى بثم للترتيب الإخباري قصد به الرد على من يتوهم الاشتراك ، وإلا فثم لا محل لها ؛ لأن الأحكام لا ترتيب فيها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٢/٦) : « (ولا يرث أخ ، ولا أخت لأب وأم أو لأب ، مع ابن ، ولا مع ابن ابن وإن سفل ، ولا مع أب) أجمع أهل العلم على هذا ، بحمد الله ، وذكر ذلك ابن المنذر ، وغيره . والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ الآية . والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، بلا خلاف بين أهل العلم ؛ ولأنه قال : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ . وهذا حكم العصبة ، فاقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ؛ لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات ، والأم ؛ لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ، ذكرهم وأنثاهم بثلاثة ؛ بالابن ، وابن الابن وإن سفل ، وبالأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأبوين ؛ لما روي عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، ولأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي » .

وجاء فيه أيضًا (١٧١/٦) : « وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب . وابن الأخ للأب أولى من =

.

....

= ابن ابن الأخ للأب والأم . وابن الأخ وإن سفل إذا كان لأب أولى من العم . وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم . وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب هذا في ميراث العصبة ، وهم الذكور من ولد الميت ، وآبائه ، وأولادهم ، وليس ميراثهم مقدرًا ، بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض ، فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله ، وأولاهم بالميراث أقربهم ، ويسقط به من بعد ؛ لقول النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . وأقربهم البنون ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، يسقط قريبهم بعيدهم ، ثم الأب ، ثم آباؤه وإن علوا ، الأقرب منهم فالأقرب ، ثم بنو الأب وهم الإخوة للأبوين أو للأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، الأقرب منهم فالأقرب . ويسقط البعيد بالقريب ، سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده . فإن اجتمعوا في درجة واحدة ، فولد الأبوين أولى ؛ لقوة قرابته بالأم ، فلهذا قال : ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب ؛ لأنهما في درجة واحدة . وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ؛ لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأب والأم ، وعلى هذا أبدًا ، ومهما بقي من بني الأخ أحد ، وإن سفل ، فهو أولى من العم ؛ لأنه من ولد الأب ، والعم من ولد الجد . فإذا انقرض الإخوة وبنوهم ، فالميراث للأعمام ثم بنيهم ، على هذا النسق ، إن استوت درجتهم قدم من هو لأبوين ، فإن اختلفت قدم الأعلى ، وإن كان لأب ، ومهما بقي منهم أحد وإن سفل ، فهو أولى من عم الأب ؛ لأن الأعمام من ولد الجد ، وأعمام الأب من ولد أب الجد ، فإذا انقرضوا ، فالميراث لأعمام الأب على هذا النسق ، ثم لأعمام الجد ، ثم بنيهم ، وعلى هذا أبدًا ، لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم ؛ لما مرَّ في الحديث ، وهذا كله مجمع عليه ، بحمد الله ومنه » .

وجاء فيه أيضًا (١٧٢/٦ ، ١٧٣) : « (وإذا كان زوج وأم وإخوة من أم وإخوة لأب وأم ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأب والأم) . هذه المسألة تسمى المشركة ، وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعدًا من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين . وإنما سميت المشركة ؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم ، فقسمه بينهم بالسوية ، وتسمى الحمارية ؛ لأنه يروى أن عمر ﷺ أسقط ولد الأبوين ، فقال بعضهم : يا أمير المؤمنين ، هب أن أبانا كان حمارًا أليست أمنا واحدة ؟ ، فشرك بينهم . ويقال : إن بعض الصحابة قال ذلك ، فسميت الحمارية لذلك . واختلف أهل العلم فيها قديمًا وحديثًا ، فذهب أحمد ﷺ فيها إلى أن للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأبوين ؛ لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود ، وأبي بن كعب ، وابن عباس ، وأبي موسى ﷺ . وبه قال الشعبي ، والعنبري ، وشريك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ﷺ ويحيى بن آدم ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وابن المنذر وروي عن عمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ، ﷺ ، أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث ، فقسموه بينهم بالسوية ، للذكر مثل حظ الأنثيين . وبه قال مالك ، والشافعي ﷺ ، وإسحاق ؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها ، فوجب أن يساووهم في الميراث ؛ فإنهم جميعًا من ولد الأم ، وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قربًا واستحقاقًا فلا ينبغي أن تسقطهم ؛ ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حمارًا ، فما زادهم ذلك إلا قربًا فشرك بينهم . وحرر بعض أصحاب =

٣٩١٧ - العاصب بنفسه النسبي : هو كل مذكر لم ينتسب بالأنثى وحدها . سواء انتسب بمذكر فقط كابن الابن ، أو انتسب بأنثى مع مذكر كالأخ الشقيق .

٣٩١٨ - فخرج عنه من انتسب بأنثى فقط ، كابن الأم فإنه ليس بعصبة .

= الشافعي فيها قياسًا ، فقال : فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم ، وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم ، وجب أن يرث ولد الأب والأم ، كما لو لم يكن فيها زوج .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ . ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص ، فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس ، فهو مخالفة لظاهر القرآن ، ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى ، وهي قوله : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات ، وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم . وقال النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فلأولى رجل ذكر » . ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم ، وقد تم المال بالفروض ، فوجب أن يسقطوا ، كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان . وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ، ومائة من ولد الأبوين ، لكان للواحد السدس ، وللمائة السدس الباقي ، لكل واحد عشر عشره ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله ، لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم ، وقولهم : تساووا في قرابة الأم . قلنا : فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة ؟ ، وعلى أنا نقول : إن ساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض . وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الأم ، وتأخير ولد الأبوين ، فإن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض ، وتأخير العصبة ، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها ، فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره ، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها ، إن الأخ يسقط وحده ، فترث أخته السبع ؛ لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه ، وهو لم يحجبها ، فهلا عدوه حمارًا ، وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه ، وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته ، قال العنبري : القياس ما قال علي ، والاستحسان ما قال عمر .

قال الخبري : وهذه وساطة مليحة ، وعبارة صحيحة ، وهو كما قال ، إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع ؛ فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل ، ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض ، فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس ؟ ، ومن العجب ذهاب الشافعي إليه هاهنا ! مع تخطئته الذاهبين إليه في غير هذا الموضع ، وقوله : من استحسن فقد شرع . وموافقته الكتاب والسنة أولى . ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقط ، قولًا واحدًا ، ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا ؛ لأنهم لم يساووا ولد الأم في قرابة الأم . ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب ، فرض لهن الثلثان ، وعالت المسألة إلى عشرة ، في قول الجميع ، إلا في قول ابن عباس ومن تابعه ، ممن لا يرى العول ؛ فإنهم يردون النقص على الأخوات غير ولد الأم ، فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين ، كما لو كانوا إخوة ، والصواب خلاف ذلك » .

٣٩١٩ - وهو ينحصر في أربعة أصناف : البنوة ، والأبوة ، والأخوة والعمومة .

٣٩٢٠ - **فالبنوة** تشمل : الابن ، وابن الابن وإن سفل .

٣٩٢١ - **والأبوة** تشمل : الأب ، والجد الصحيح وإن علا .

٣٩٢٢ - **والأخوة** تشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

٣٩٢٣ - **والعمومة** تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عمومة نفس الشخص ، وعمومة أبيه ، وعمومة جده وإن علا .

٣٩٢٤ - وكل من الأقسام الثلاثة يشمل : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم لأب وإن نزل كل منهما .

٣٩٢٥ - والعصبة في اللغة : قرابة الرجل لأبيه . وهو جمع عاصب مثله كملة وكامل .

٣٩٢٦ - ولكن الفقهاء يستعملون العصبة في الواحد ، لأنه قام مقام جماعة في إحراز جميع المال ، والشرع جعل الأنثى في مسألة الاعتاق .

٣٩٢٧ - وهذه المادة معناها في اللغة : الإحاطة . يقال عصب القوم بالرجل عصبًا ، من باب ضرب : أحاطوا به لقتال أو حماية . فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم .

٣٩٢٨ - وأطلقت العصبة شرعًا على الأصناف الأربعة المتقدمة ؛ لأنهم محتاطون بالشخص من كل جهة ، فالبنوة من جهة الفرع ، والأبوة من جهة الأصل ، والأخوة من جهة الحاشية القريبة ، والعمومة من جهة الحاشية البعيدة .

٣٩٢٩ - فإذا وجد واحد من العصبات المتقدمين ، استحق كل المال .

٣٩٣٠ - وإن وجدت عدة أشخاص منهم ، فترتيبهم في الإرث يكون كالترتيب المتقدم ، فالبنوة أولًا ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ، بتقديم عمومة نفس الشخص على عمومة أبيه وهذه على عمومة جده .

٣٩٣١ - فالتقديم بينهم يكون أولًا بالجهة ، وثانيًا بالدرجة ، وثالثًا بالقوة . فإن استووا في الكل ، استحقوا على السواء (١) .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧٥) : للعصوبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

١ - البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .

٢ - الأبوة وتشمل الأب والجد العصبي وإن علا .

=

التقديم بالجهة

٣٩٣٢ – التقديم بها يكون فيما إذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة البنوة ولو بعدت درجته عنه كابن ابن ابن وواحدًا من جهة الأبوة ولو قربت درجته منه كالأب ، أخذ الأب السدس بطريق الفرض والباقي لمن كان من جهة البنوة بالتعصيب .

٣٩٣٣ – وإنما قدم الابن على الأب في التعصيب ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ ﴾ (١) .

٣٩٣٤ – فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ، ولم يجعل للولد المذكر فرضًا مقدرًا ، فتعين الباقي له ، فدل على أن الولد المذكر مقدم على الأب في التعصيب .

٣٩٣٥ – وابن الابن ابن كما عرفته ، فيقوم مقامه فيقدم على الأب أيضًا .

٣٩٣٦ – ولأن الإنسان يؤثر ولده على والده ، ويختار صرف ماله له ، ولأجله يدخر ماله عادة ، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : « **الولد مبخلة مجبنة** » (٢) .

٣٩٣٧ – وقضية ذلك ألا يجاوز بكسبه محل اختياره ، إلا أننا صرفنا مقدار الفرض لأصحاب الفروض بالنص ، فيبقى الباقي على قضية الدليل .

٣٩٣٨ – وكان مقتضى هذا أن تقدم البنت أيضًا على الأب وعلى كل عصبة، إلا

= ٣ – الأخوة وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبناءهما وإن نزلوا .

٤ – العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا وأبناء من ذكروا وإن نزلوا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٢) العصبة بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض وفقًا للترتيب الآتي :

أ – البنوة وتشمل الأبناء الابن وإن نزلوا .

ب – الأبوة وتشمل الأب وحده .

ج – الجدودة والأخوة وتشمل أب الأب وإن علا والأخ الشقيق والأخ لأب .

د – بني الأخوة وتشمل أبناء الأخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا .

هـ – العمومة وتشمل العم الشقيق والعم لأب وأبناءهم وإن نزلوا .

(١) النساء : ١١ .

(٢) سنن ابن ماجه ، كتاب : الأدب ، باب : بر الوالدين والإحسان إلى البنات (٣٦٦٦) .

أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها ، وجعل الباقي لأولى رجل ذكر .

٣٩٣٩ - وإذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة الأبوة وآخر من جهة الأخوة ، كان المال كله لمن هو من جهة الأبوة ؛ لأنه مقدم عليه في العصوبة، فيأخذ الكل .

٣٩٤٠ - فإن كان المتروك من جهة الأبوة هو الأب ، فلا خلاف في أنه يقدم على جهة الأخوة . وإن كان جدًّا ، فالذي يقول بتقديمه على الإخوة هو الإمام الأعظم ، والصاحبان يورثانهما بالكيفية التي ستعرفها في توريث الجد مع الإخوة .

٣٩٤١ - وإذا كانت جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة والأبوة مقدمة على الأخوة ، فمن باب أولى تقدم جهة البنوة على جهة الأخوة .

٣٩٤٢ - وإذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة الأخوة ولو كان بعيدًا كابن أخ لأب وآخر من جهة العمومة ولو قرب كعم شقيق ، كان ابن الأخ لأب أولى بالميراث من العم الشقيق فلا شيء له معه .

٣٩٤٣ - وإذا توفي شخص ولم يترك واحدًا من الجهات المتقدمة ، ولكنه ترك واحدًا من الجهة الرابعة فهو الذي يأخذ كل المال ، سواء كان من جهة عمومة نفس الشخص المتوفي أو من عمومة أبيه أو من عمومة جده .

٣٩٤٤ - فإذا اجتمعوا ، قدم من هو من جهة عمومة الشخص على من كان من جهة عمومة أبيه ، وهذا على من هو من جهة عمومة جده .

٣٩٤٥ - فإذا توفي شخص عن ابن عمه الشقيق أو لأب وعم أبيه الشقيق ، كان المال كله للأول ولا شيء للثاني .

٣٩٤٦ - وكذا إذا ترك عم أبيه لأب وعم جده الشقيق ، أخذ الأول كل المال ، وهذا يسمى عندهم : تقديمًا بالجهة .

٣٩٤٧ - وإنما قدمت جهة الأبوة على الأخوة ؛ لأن اللّٰه تعالى شرط لإرث الإخوة الكلالة ؛ وهو الذي لا ولد له ولا والد ، فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة ، وعليه إجماع الأمة .

٣٩٤٨ - وقدمت جهة الأخوة على العمومة ؛ لأن الإخوة جزء الأب ، فكانوا أقرب من الأعمام ؛ لأنهم جزء الجد . وهكذا يقال في ترتيب أقسام العمومة .

التقديم بالدرجة

(مادة ٦٠٩)

قَاعِدَةٌ : كُلُّ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ لِلْمَيِّتِ دَرَجَةً فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ ؛ كَالابْنِ ثُمَّ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ (١) .

وَكُلُّ مَنْ كَانَ ذَا قَرَابَتَيْنِ أَوْلَى مِنْ ذِي قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ ، سَوَاءٌ كَانَ ذُو الْقَرَابَتَيْنِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، فَإِنَّ الأَخَ لأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ الأَخِ لأَبٍ ، وَالأُخْتَ لأَبَوَيْنِ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ الْبِنْتِ الصُّلْبِيَّةِ أَوْ بِنْتِ الابْنِ أَوْلَى مِنَ الأَخِ لأَبٍ ، وَابْنُ الأَخِ لأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ ابْنِ الأَخِ لأَبٍ ، وَعَمُّ الْمَيِّتِ لأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ لأَبٍ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَعْمَامِ أَبِيهِ وَأَعْمَامِ جَدِّهِ (٢) .

* * *

٣٩٤٩ - فإن وجدت جملة أشخاص منهم ، وكان الكل من جهة واحدة ، قدم الأقرب . فكل من كان أقرب للميت درجة ، فهو أولى بالميراث .

٣٩٥٠ - فإذا توفي شخص عن ابن وابن ابن ، أخذ الابن كل التركة وحجب ابن الابن ، سواء كان ابنه أو ابن ابن آخر .

٣٩٥١ - وإذا توفي عن أخ وابن أخ ، حجب الأخ ابن الأخ ، سواء كان ابنه أو ابن أخ آخر .

٣٩٥٢ - وعلى هذا يقدم العم على ابن العم ، ويقدم عم أبيه على ابن عم أبيه، ويقدم عم جده على ابن عم جده ، وهكذا فيما لو علت عمومة الجد .

---

(١) قاعدة : كُلُّ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ لِلْمَيِّتِ دَرَجَةً فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ ، كَالابْنِ ثُمَّ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٤/٢) : « ذو القرابتين من العصبات أولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة ذكرًا كان ذو القرابتين أو أنثى ؛ لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات » والمقصود من ذكر الأم ههنا إظهار ما يرجح به بنو الأعيان على بني العلات (حتى إن الأخت لأبوين مع البنت) سواء كانت صلبية أو بنت ابن ، وسواء كانت واحدة أو أكثر (تحجب الأخ لأب) خلافًا لابن عباس رضي الله تعالى عنهما فإن الأخت لا تصير عصبة مع البنات عنده » .

التقديم بالقوة

٣٩٥٣ - فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة ، قدم الأقوى . فمن كان صاحب قرابتين ، قدم على صاحب القرابة الواحدة .

٣٩٥٤ - فالأخ لأبوين يقدم على الأخ لأب ، وابن الأخ لأبوين يقدم على ابن الأخ لأب ، وابن العم لأبوين يقدم على ابن العم لأب . وقس على ذلك عمومة الجد والأب .

٣٩٥٥ - وإنما كان كذلك ؛ لأن الأخ لأب وأم مثلًا أقوى من الأخ لأب لاتصاله من الجانبين ، فكان ذا قرابتين ، فترجح عند الاستواء في الدرجة .

٣٩٥٦ - وصاحب القرابتين يقدم على صاحب القرابة الواحدة ، سواء كان ذو القرابتين مذكرًا أو مؤنثًا ، فالأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب لقوته ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن تقدم على الأخ لأب .

٣٩٥٧ - فإذا توفي شخص عن بنت وأخت شقيقة وأخ لأب أخذت البنت فرضها والباقي تأخذه الأخت الشقيقة بالتعصيب وتحجب الأخ لأب فإذا لم تصر الأخت الشقيقة عصبة مع الغير فلا تحجب الأخ لأب .

٣٩٥٨ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب ، أخذت الزوجة فرضها وهو الربع لعدم الفرع الوارث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخ لأب يأخذ الباقي بطريق التعصيب . فالأخت لا تحجبه في مثل هذه المسألة ؛ لأنها لم تصر عصبة مع غيرها .

التساوي في الاستحقاق عند الاتحاد في الجهة والدرجة والقوة

٣٩٥٩ - فإن استووا في الجهة والدرجة والقوة ، استحق الجميع على السواء بحسب رؤوسهم .

٣٩٦٠ - فمن مات وترك ثلاثة أبناء أو أربعة أبناء ابن ، قسم المال أثلاثًا في الأول وأرباعًا في الثاني .

٣٩٦١ - ولو مات وترك ابن أخ شقيق وابني أخ آخر شقيق أيضًا ، قسم المال بينهم باعتبار رؤوسهم لا أصولهم ، فيقسم المال بينهم في هذا المثال أثلاثًا .

٣٩٦٢ - فقد علمت مما تقدم أن التقديم في العصبات يكون أولًا بالجهة ، فإن

اتحدت الجهة يقدم بالدرجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة يقدم بالقوة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة والقوة استحق الكل على السواء [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧٦) : ١ - إذا اتحدت العصبة بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .

٢ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بقوة القرابة فمن كانت قرابته من الأبوين قدم على من كانت قرابته من الأب فقط .

٣ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٣) يستحق العاصب بالنفس التركة إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ويستحق ما بقي منها إن وجد ولا شيء له إن استغرقت الفروض التركة .

المادة (٣٩٤) أ - يقدم في التعصيب الأولى جهة حسب الترتيب الوارد في المادة (٢٩٢) ثم الأقرب درجة إلى المتوفى عند اتحاد الجهة ثم الأقوى قرابة عند التساوي في الدرجة .

ب - يشترك العصبات في استحقاق حصتهم من الإرث عند اتحادهم في الجهة وتساويهم في الدرجة والقوة .

القسم الثاني
العاصب بغيره

(مادة ٦١٠)

الْعَصَبَةُ بِغَيْرِهِ : هِيَ كُلُّ أُنْثَى احْتَاجَتْ فِي عُصُوبَتِهَا إِلَى الْغَيْرِ ، وَشَارَكَتْ ذَلِكَ الْغَيْرَ فِي تِلْكَ الْعُصُوبَةِ .

وَهُنَّ مِنَ الإِنَاثِ فَرْضُهُنَّ نِصْفٌ أَوْ ثُلُثَانِ ، كَـ : الْبَنَاتِ الصُّلْبِيَّاتِ ، وَبَنَاتِ الابْنِ ، وَالأَخَوَاتِ لأَبَوَيْنِ ، وَالأَخَوَاتِ لأَبٍ يَحْتَاجُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي الْعُصُوبَةِ إِلَى إِخْوَتِهِنَّ ، أَوْ يَحْتَاجُ بَعْضُهُنَّ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَ إِخْوَتِهِنَّ ، وَقِسْمَةُ التَّرِكَةِ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٩/٦ ، ٤٥٠) : « البنت ولها النصف إذا انفردت وللبنتين فصاعدًا الثلثان ، كذا في الاختيار شرح المختار وإذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الأنثيين . كذا في التبيين. بنت الابن فللواحدة النصف وللثنتين فصاعدًا الثلثان فهن كالصلبيات عند عدم ولد الصلب . كذا في الاختيار شرح المختار ، فإن اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان في أولاد الصلب ذكر فلا شيء لأولاد الابن ذكورًا كانوا أو إناثًا أو مختلطين ، فإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ولا في أولاد الابن ذكر ، فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف ولبنات الابن السدس واحدة كانت أو أكثر من ذلك ، وإن كانت ابنة الصلب ثنتين فلهما الثلثان ولا شيء لبنات الابن ، وإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر وكان في أولاد الابن ذكر فإن انفرد الذكور من أولاد الابن فالباقي بعد نصيب البنات لهم نصفًا كان أو ثلثًا ، فإن اختلط الذكور بالإناث من أولاد الابن فنقول : إن كانت بنات الصلب ثنتين فصاعدًا فلهن الثلثان والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد - رضي الله تعالى عنهما - وهو قول جمهور العلماء - رحمهم الله تعالى - فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، كذا في المبسوط . بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الأنثيين . ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض .

وصورته : إذا كان لابن الميت ابن وبنت ولابن ابنه ابن وبنت ولابن ابن ابنه ابن وبنت فمات البنون وبقيت البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن على هذه الصورة . ميت : الفريق الأول ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، ابن بنت . الفريق الثاني ابن ، ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، الفريق الثالث ابن ، ابن ، ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، ابن بنت .

العليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد ، والوسطى من الفريق الأول يوازيها العليا من الفريق الثاني ، والسفلى من الفريق الأول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوازيها =

....

= الوسطى من الفريق الثالث ، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها أحد ، فللعليا من الفريق الأول النصف ، وللوسطى من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني السدس تكملة للثلثين ؛ لاستوائهما في الدرجة ولا شيء للباقيات ، فإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول والباقي بين الغلام وبين من في درجته للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كان مع السفلى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازيها تكملة للثلثين والباقي بين الغلام وبين من يوازيه للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط الباقيات ، وإن كان مع السفلى من الفريق الثاني غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس تكملة للثلثين للوسطى منه ولمن يوازيها والباقي بين الغلام ومن يوازيه ومن هو أعلى منه ممن لا فرض له للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط الباقيات ، وعلى هذا القياس . والأصل في هذا أن بنت الابن تصير عصبة بابن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، كذا في خزانة المفتين . الأخوات لأب وأم للواحدة النصف وللثنتين فصاعدًا الثلثان ، كذا في خزانة المفتين ومع الأخ لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أومع بنات الابن ، كذا في الكافي . الأخوات لأب وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، كذا في الاختيار شرح المختار فللواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات لأب وأم ، ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكملة للثلثين ولا يرثن مع الأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن فيكون للأختين لأب وأم الثلثان ، والباقي بين أولاد الأب للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن ، كذا في الكافي » .

قول الشافعية : ينظر ما سبق من مذهبهم .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٨/٨ - ٢٠٠) : « وعصب كلا أخ يساويها يعني أن النساء اللاتي تقدم ذكرهن وهن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي للأب يعصب كل واحدة منهن أخوها الذي في درجتها بأن كانا شقيقين أو لأب فيأخذ الذكر سهمين والأنثى سهمًا تعصيبًا ، فلو لم يساوها كالأخ للأب مع الشقيقة ، فإنه لا يعصبها بل تأخذ فرضها وما فضل فهو له تعصيبًا . والجد والأوليان الأخريين كذا في بعض النسخ وهو الصواب أي : وعصب الجد والبنت وبنت الابن الأخت الشقيقة والأخت للأب فالأوليان تثنية أولى وهما البنت وبنت الابن والأخريان تثنية أخرى وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فهمزتهما مضمومة والياء فيهما قبل العلامة منقلبة عن ألف التأنيث وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك يعني : أن حكم الأخت أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو مع الشقائق حكم بنت الابن مع بنت الصلب فيما سبق فتأخذ التي للأب واحدة فأكثر مع الشقيقة الواحدة السدس ويحجب الأخت التي للأب واحدة فأكثر من السدس أخ فوقها أي شقيق ، أو أختان فوقها كذلك ، ولما ذكر أن حكم الأخت ، أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو الشقائق مساوٍ لحكم بنات الصلب وكان ابن الأخ هنا مخالفًا لابن الابن هناك استثنى ذلك فقال : إلا أنه إنما يعصب الأخ أي إنما يعصبِ الأخت والأخوات للأب الأخ المساوي في الدرجة لا ابن الأخ ؛ لأنه لا يعصب من في درجته ، فلا ترث ابنة الأخ معه ، وكذلك لو كانت وحدها ، وإذا لم يعصب ابن الأخ من هو في درجته ، فلا يعصب من فوقه بل يأخذ ما بقي دون عماته وابن الابن ، وإن سفل يعصب من في درجته فجاز أن يعصب =

....

= من فوقه قالا في قوة لكن دفعًا لما يتوهم من التشبيه من أن الابن الأخ يعصب كابن الابن وفتح أن هنا متعين ، سواء قلنا : إن الاستثناء متصل أو منقطع ؛ لأنه معمول لما قبله ، وأن المعمولة لعامل يجب فتح همزتها » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١٦٥ - ١٦٧) : « (فإن كن بنات وبنات ابن ، فللبنات الثلثان ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين) أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان ، إلا رواية شاذة عن ابن عباس ، أن فرضهما النصف ؛ لقول اللّه تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان . والصحيح قول الجماعة ، فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال اللّه تعالى في الأخوات : ﴿ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ . وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين ؛ لأنهما أقرب ؛ ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان ، كالأخوات من الأبوين ، والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ، كولد الأم ، والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد ، فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان ، وأنه ثابت بقول اللّه تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير ، فإن كن نساء اثنتين ، وفوق صلة ، كقوله : ﴿ فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ ﴾ . أي اضربوا الأعناق . وقد دل على هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية ، أرسل إلى أخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » . وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية ، وبيان لمعناها ، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتًا بالمفسر لا بالتفسير .

ويدل على ذلك أيضًا أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع ، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما . وقيل : بل ثبت بهذه السنة الثابتة . وقيل : بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه . وقيل : بل ثبت بالإجماع . وقيل : بالقياس . وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها ، فلا يضرنا أيها أثبته . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين ، سقط بنات الابن ، ما لم يكن بإزائهن ، أو أسفل منهن ذكر يعصبهن ؛ وذلك لأن اللّه تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين ، قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، فلم يبق لهن شيء ، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب ؛ لأنهن دون درجتهن ، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن ، كأخيهن ، أو ابن عمهن ، أو أنزل منهن كابن أخيهن ، أو ابن ابن عمهن ، أو ابن ابن ابن عمهن ، عصبهن في الباقي ، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي ، وزيد ، وعائشة ﵃ . وبه قال مالك ، والثوري ، والشافعي ﵁ وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه ؛ فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداهن ، فجعل الباقي للذكر دون أخواته . وهو قول أبي ثور ؛ لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين ؛ بدليل ما لو انفردن ، وتوريثهن هاهنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك .

ولنا : قول اللّه تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ ؛ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات . وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ؛ ولأن كل ذكر =

....

= وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض ، يجب أن يقتسما الفاضل عنه ، كأولاد الصلب ، والإخوة مع الأخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض .

فأما في مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب ، فكان معتبرًا بأولاد الصلب ، والإخوة والأخوات ثم ، ويبطل ما ذكروه بما إذا خلف ابنًا وست بنات ، فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال . وإن كن ثمانيًا ، أخذن أربعة أخماسه . وإن كن عشرًا ، أخذن خمسة أسداسه . وكلما زدن في العدد ، زاد استحقاقهن . وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته ، وبنات عمه ، وبنات ابن عم أبيه ، على كل حال . ويعصب من هو أعلى منه من عماته ، وبنات عم أبيه ، ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ، ويسقط من هو أنزل منه ، كبناته ، وبنات أخيه ، وبنات ابن عمه .

فلو خلف الميت خمس بنات ابن . بعضهن أنزل من بعض ، لا ذكر معهن ، وعصبة ، كان للعليا النصف ، وللثانية السدس ، وسقط سائرهن ، والباقي للعصبة . فإن كان مع العليا أخوها ، أو ابن عمها ، فالمال بينهما على ثلاثة ، وسقط سائرهن . فإن كان مع الثانية عصبها ، وكان للعليا النصف ، والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة . وإن كان مع الثالثة ، فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة . وإن كان مع الرابعة فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة . وإن كان مع الخامسة ، فالباقي بعد فرض الأولى والثانية ، بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين . وإن كان أنزل من الخامسة ، فكذلك . ولا أعلم في هذا خلافًا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين . (فإن كانت ابنة واحدة ، وبنات ابن ، فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، ﴿ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ في هذه المسألة ثلاثة أحكام ؛ أحدها : أن للبنت الواحدة النصف ، ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ .

ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ، أن للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقي فللأخت . الثاني : أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن ، أو بنات ابن ، فللبنت النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين . وهذا أيضًا مجمع عليه بين العلماء . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ . ففرض للبنات كلهن الثلثين . وبنات الصلب ، وبنات الابن كلهن نساء من الأولاد ، فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب ، لا يزدن عليه . واختصت بنت الصلب بالنصف ؛ لأنه مفروض لها ، والاسم متناول لها حقيقة ، فيبقى للبقية تمام الثلثين . ولهذا قال الفقهاء : لهن السدس تكملة الثلثين .

وقد روى هذيل بن شرحبيل الأودي قال : « سئل أبو موسى عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنت النصف ، وما بقي فللأخت . فأتى ابن مسعود ، وأخبره بقول أبي موسى ، فقال : ﴿ قَدْ ضَلَلْتُ إِذًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ ﴾ ، ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ ؛ لابنه النصف ، ولابنة الابن السدس ، تكملة الثلثين ، وما بقي فللأخت . فأتينا أبا موسى ، فأخبرناه بقول ابن مسعود ، فقال : لا تسألوني عن شيء ما دام الحبر فيكم » . متفق عليه بنحو من هذا المعنى . الحكم الثالث : إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه =

٣٩٦٣ - العصبة بغيره : هي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى الغير ، وشاركت ذلك الغير في تلك العصوبة .

٣٩٦٤ - وهي تنحصر في الإناث التي فرضهن نصف عند الانفراد ، أو ثلثان عند الاجتماع .

٣٩٦٥ - وهن أربعة : البنت ، وبنت الابن ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب .

٣٩٦٦ - فكل واحدة منهن تحتاج إلى من يعصبها ؛ وهو الابن بالنسبة للبنت، وابن الابن بالنسبة لبنت الابن ، والأخ الشقيق بالنسبة للأخت الشقيقة ، والأخ لأب بالنسبة للأخت لأب .

٣٩٦٧ - فمتى اجتمعت البنات مع الأبناء أو أبناء الأبناء مع بنات الأبناء أو الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء أو الأخوات لأب مع الإخوة لأب ، ورث الكل بالتعصيب ، فيأخذ المذكر ضعف ما للأنثى .

٣٩٦٨ - فقد صدق على كل واحدة منهن أنها صارت عصبة بغيرها ، وشاركته في تلك العصوبة ؛ لأن كلًّا منهن في حالة اجتماعها مع المعصب ليس لها شيء مخصوص ، بل يختلف النصيب باختلاف عدد الذكور والإناث المجتمعين .

٣٩٦٩ - والمعصب لكلٍّ منهن لا يكون إلا في درجتها إلا بنت الابن ، فإن المعصب لها تارة يكون في درجتها وتارة يكون أنزل منها درجة أو أكثر . فإن كان في درجتها عصبها مطلقًا ، وإن كان أنزل منها درجة فلا يعصبها إلا إذا كانت محتاجة إليه ، وقد تقدم كل ذلك في أحوال بنات الابن فراجعها (١) .

= يعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، إلا ابن مسعود في من تابعه ، فإنه خالف الصحابة فيها . وهذه المسألة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة ، فقال : لبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، فإن كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة ، فرضه لهن ، وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل ، قاسم بهن . وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين ، إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضر بهن ، وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ؛ ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرهما ، فقاسمها مع بنت الصلب ، كما لو كانت المقاسمة أضر بهن . وأصله الذي بنى عليه فاسد ، كما قدمنا » .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٧) : ١ - العصبة بالغير هن :

أ - البنات مع الأبناء .

=

(مادة ٦١١)

مَنْ لَا فَرْضَ لَهَا مِنَ الإِنَاثِ وَأَخُوهَا عَصَبَةٌ ، فَلَا تَصِيرُ عَصَبَةً بِأَخِيهَا.

كَالْعَمِّ مَعَ الْعَمَّةِ لأَبَوَيْنِ ، فَإِنَّ الْمَالَ كُلَّهُ لِلْعَمِّ دُونَهَا . وَكَذَا الْحَالُ فِي ابْنِ الْعَمِّ لأَبٍ مَعَ بِنْتِ الْعَمِّ لأَبٍ ، وَابْنِ الأَخِ لأَبٍ مَعَ بِنْتِ الأَخِ لأَبٍ (١) .

* * *

٣٩٧٠ - فإذا لم تكن الأنثى صاحبة فرض ، واجتمعت مع أخيها العاصب ، فلا يعصبها كالعم مع العمة لأبوين ، فإن المال كله للعم دونها ؛ لأن العمة ليست بصاحبة فرض ، بل هي من ذوي الأرحام .

٣٩٧١ - وكذا الحال في ابن العم الشقيق مع بنت العم الشقيق ، فإن المال كله لابن العم الشقيق ؛ لأن بنت العم ليست بصاحبة فرض .

٣٩٧٢ - ومثل ذلك ابن الأخ الشقيق أو لأب مع بنت الأخ الشقيق أو لأب ، فإن المال كله للمذكر ، ولا تأخذ الأنثى منه شيئًا .

٣٩٧٣ - وكذلك بنت المعتق مع ابن المعتق ، فإن المال كله لابن المعتق ، وأخته لا تستحق معه شيئًا ؛ لأنها ليست بصاحبة فرض من جهة المعتق - بفتح التاء - فلا تصير عصبة بأخيها .

٣٩٧٤ - وذلك لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكور عصبة إنما هو في موضعين : البنات بالبنين ، والأخوات بالإخوة . والإناث في كل منهما ذوات فروض ،

= ب - بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهن مطلقًا أو كانوا أنزل منهن إذا لم يرثن بغير ذلك .

جـ - الأخوات لأبوين مع الأخوة لأبوين والأخوات لأب مع الأخوة لأب .

٢ - يكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٣/٢ ، ٧٥٤) : « (ومن لا فرض لها) من الإناث (وأخوها عصبة لا تصير عصبة به) أي بأخيها (كالعمة) لا تصير عصبة بالعم الذي هو أخوها فالمال كله للعم دون العمة ، وبنت العم لا تصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الأخ) لا تصير عصبة بأخيها فالمال كله لابن الأخ ؛ لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكور عصبة إنما هو في موضعين البنات بالبنين والأخوات بالإخوة والإناث في كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض له من الإناث لا يتناوله النص » .

فمن لا فرض لها من الإناث لا يتناوله النص (١) .

القسم الثالث
العصبة مع الغير

(مادة ٦١٢)

الْعَصَبَةُ مَعَ الْغَيْرِ : هِيَ كُلُّ أُنْثَى احْتَاجَتْ فِي عُصُوبَتِهَا إِلَى الْغَيْرِ ، وَلَمْ يُشَارِكْهَا ذَلِكَ الْغَيْرُ فِي تِلْكَ الْعُصُوبَةِ .

وَهُمَا ثِنْتَانِ : أُخْتٌ لأَبَوَيْنِ ، وَأُخْتٌ لأَبٍ . تَصِيرُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَصَبَةً مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ أَوْ مَعَ بِنْتِ الابْنِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٢٩٥) العصبة بالغير هي : كل أنثى صاحبة فرض من جهة البنوة أو الأخوة يكون في درجتها أو ما يلحق بدرجتها عاصب بنفسه .
المادة (٢٩٦) أ - يشترك العاصب بغيره مع معصبه في جميع التركة أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .
ب - يسقط العاصب مع معصبه إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥١/٦ ، ٤٥٢) : « عصبة مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لأب يصرن عصبة مع البنات أو بنات الابن ، هكذا في محيط السرخسي ، مثاله : بنت وأخت لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنت والنصف الثاني للأخت ولا شيء للإخوة ؛ لأنها لما صارت عصبة نزلت منزلة الأخ لأبوين ، ومن ترك ابني عم أحدهما أخ لأم فللأخ السدس والباقي بينهما نصفان ، وكذلك إن كان أحدهما زوجًا فله بالزوجية فرضه وهو النصف والباقي بينهما نصفان ، كذا في خزانة المفتين » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٨/٤ ، ٢٩) : « (والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن عصبة كالإخوة) لما روى البخاري أن ابن مسعود ﷺ سئل عن بنت وبنت ابن وأخت ، فقال : لأقضين فيها بما قضى رسول الله ﷺ : للابنة النصف ولابنة الابن السدس وما بقي فللأخت . قال الإمام : ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين ، فلو فرضنا للأخوات ، وأعلنا المسألة نقص نصيب البنات ، أو بنات الابن ، فاستبعدوا أن تزاحم الأخوات الأولاد أو أولاد الابن ، ولم يمكن إسقاطهن فجعل عصبات ليدخل النقص عليهن خاصة . ثم بين فائدة كونها عصبة بقوله : (فتسقط أخت لأبوين) اجتمعت (مع البنت) أو بنت الابن أو معهما الإخوة و (الأخوات لأب) كما يسقطهم الأخ الشقيق .

تنبيه : وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم حكمه في الإرث كأبيه اجتماعًا وانفرادًا .

تنبيه : لو قال بدل الأخوات لأب : أولاد الأب لكان أولى ليشمل ما قدرته ، ولو كان مع الأخت الشقيقة أخ شقيق عصبها وكان الباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لئلا يلزم مخالفة أصل أن للذكر ضعف ما للأنثى ؛ =

....

= ولأن تعصيبها إنما هو للضرورة كما مرّ (وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم) حكمه في الإرث (كأبيه اجتماعًا وانفرادًا) فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد ويأخذ ما فضل عن الفروض ، وعند اجتماعهم يسقط ابن الشقيق ابن الأخ للأب (لكن يخالفونهم) أي : آباءهم (في أنهم لا يردون الأم) من الثلث (إلى السدس) بخلاف آبائهم ؛ لأن الله تعالى أعطاها الثلث حيث لا إخوة ، وهذا الاسم لا يصدق على بنيهم كما مرّ (ولا يرثون مع الجد) بل يسقطون به وآباؤهم يرثون معه ؛ لأن الجد كالأخ بدليل تقاسمهما إذا اجتمعا ، وإذا كان كالأخ فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه (ولا يعصبون أخواتهم) ؛ لأنهم من ذوي الأرحام (ويسقطون في المشركة) بخلاف آبائهم الأشقاء ؛ لأن مأخذ التشريك قرابة الأم ، وهي مفقودة في ابن الأخ ، وهذه المخالفة مختصة ببني الإخوة للأبوين كما قررته تبعًا للمحرر ؛ لأن الإخوة لأب وبنيهم سيان في ذلك كما مرّ .

تنبيه : قد اقتصر المصنف تبعًا للرافعي على استثناء هذه الصور الأربع ، وزاد في الروضة ثلاث صور أخر :

الأولى : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب وأولادهم لا يحجبونهم .

الثانية : الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق وابنه لا يحجبه .

الثالثة : بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠٦/٨) : « اعلم أن العاصب على ثلاثة أقسام : عصبة بنفسه ، وعصبة مع غيره ، وعصبة بغيره ، فالأول : كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى ، والثاني : كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت أو بنت الابن ، والثالث : النسوة الأربع اللاتي فرضهن النصف إذا اجتمع كل مع أخيه والفرق بين الأخيرين أنا إذا قلنا : عصبة بغيره فالغير عصبة ، أو مع غيره لم يجب كونه عصبة وهو اصطلاح والحقيقة واحدة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٦) : « (والأخوات مع البنات عصبة ، لهن ما فضل ، وليست لهن معهن فريضة مسماة) العصبة هو الوارث بغير تقدير ، وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه ، قل أو كثر . وإن انفرد أخذ الكل . وإن استغرقت الفروض المال ، سقط . والمراد بالأخوات هاهنا الأخوات من الأبوين ، أو من الأب ؛ لأنه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، وزيد ، وابن مسعود ، ومعاذ ، وعائشة ﵃ . وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ، ومن تابعه ، فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة ، فقال في بنت وأخت : للبنت النصف ، ولا شيء للأخت . فقيل له : إن عمر قضى بخلاف ذلك ، جعل للأخت النصف . فقال ابن عباس : أأنتم أعلم أم الله ؟ يريد قول الله سبحانه : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد . والحق فيما ذهب إليه الجمهور ، فإن ابن مسعود قال في بنت ، وبنت ابن ، وأخت : لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقي فللأخت . رواه البخاري ، وغيره . واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب إليه ، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد ، ونحن نقول به ، فإن ما تأخذ مع البنت ليس بفرض ، وإنما هو بالتعصيب ، كميراث الأخ . وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قول الله تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا =

٣٩٧٥ - العصبة مع الغير : هي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى الغير ، ولم يشاركها ذلك الغير في تلك العصوبة .

٣٩٧٦ - وهما اثنتان فقط : الأخت الشقيقة ، والأخت لأب .

٣٩٧٧ - فكل واحدة منهما تصير عصبة مع البنت أو بنت الابن أو معهما ، ولا فرق بين أن تكون كل منهما واحدة أو أكثر .

٣٩٧٨ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وأختين شقيقتين أو أختين لأب ، أخذ كل من البنت وبنت الابن فرضه ، والباقي للأختين الشقيقتين أو الأختين لأب .

٣٩٧٩ - ولو كان معهما صاحب فرض آخر كالزوجة أو الأم مثلًا ، أخذ فرضه أيضًا منضمًا إلى نصيب البنت وبنت الابن أو إحداهما ، والباقي للشقيقتين أو الأختين لأب إذا لم تستغرق الفروض التركة ، وإلا فلا شيء لمن وجد منهما ؛ كبنت وبنت ابن وأم وزوج وأخت شقيقة [1] .

= وَلَدٌ ﴾ . وعلى قياس قوله : ينبغي أن يسقط الأخ ؛ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها ، وهو خلاف الإجماع ، ثم إن النبي ﷺ وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت ، وبنت الابن الباقي عن فرضهما ، وهو الثلث ، ولو كانت ابنتان وبنت ابن ، لسقطت بنت الابن ، وكان للأخت الباقي ، وهو الثلث . فإن كان معهم أم فلها السدس ، ويبقى للأخت السدس . فإن كان بدل الأم زوج ، فالمسألة من اثني عشر ، للزوج الربع ، وللابنتين الثلثان ، وبقي للأخت نصف السدس . فإن كان معهم أم ، عالت المسألة ، وسقطت الأخت » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٧٨) : ١ - العصبة من الغير هن: الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو أبناء الابن وإن نزل، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض .
٢ - في هذه الحالة تعتبر الأخوات لأبوين كالأخوة لأبوين، وتعتبر الأخوات لأب كالأخوة لأب ويأخذون أحكامهم بالنسبة لباقي العصبات في التقديم بالجهة والدرجة والقوة .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٧) العصبة مع الغير هي : كل أنثى صاحبة فرض من جهة الأخوة معها فرع وارث مؤنث وليس في درجتها عاصب بنفسه .
المادة (٢٩٨) أ - تستحق العصبة مع الغير ما يبقى من التركة بعد سهام أصحاب الفروض .
ب - تسقط العصبة مع الغير فلا ترث شيئًا إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

(مادة ٦١٣)

الْفَرْقُ بَيْنَ هَاتَيْنِ الْعَصَبَتَيْنِ : أَنَّ الْغَيْرَ فِي الْعَصَبَةِ بِغَيْرِهِ يَكُونُ عَصَبَةً بِنَفْسِهِ، فَتَتَعَدَّى بِسَبَبِهِ الْعُصُوبَةُ إِلَى الأُنْثَى . وَفِي الْعَصَبَةِ مَعَ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ عَصَبَةً بِنَفْسِهِ أَصْلًا ، بَلْ تَكُونُ عُصُوبَةُ تِلْكَ الْعَصَبَةِ مُجَامِعَةً لِذَلِكَ الْغَيْرِ [(١)] .

* * *

٣٩٨٠ - والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره : أن الغير الذي دخلت عليه « الباء » عاصب بنفسه ؛ إذ هو الابن أو ابن الابن وإن نزل ، أو الأخ الشقيق أو الأخ لأب ، وكل منهم عاصب بنفسه ، وحينئذٍ تتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى .

٣٩٨١ - والغير الذي دخلت عليه « مع » ليس عاصبًا بنفسه ؛ إذ هو البنت أو بنت الابن ، وكل منهما ليس عصبة بنفسه ، فالعصوبة ليست موجودة في كل منهما حتى تتعدى إلى غيرهما ، بل حصلت العصوبة باجتماعهما معًا .

٣٩٨٢ - وأيضًا العصبة بغيرها تشارك المعصب لها في العصوبة ، فيأخذ المذكر ضعف ما للأنثى .

٣٩٨٣ - والعصبة مع الغير لا تشارك المعصب لها أصلًا في العصوبة ، بل كل من البنت أو بنت الابن أو هما يأخذ فرضه ، والأخت الشقيقة أو لأب وإن تعددت تأخذ الباقي بعد فرضهما ، إن لم يوجد معهما صاحب فرض آخر . فإن وجد ، أخذ فرضه أيضًا وإحدى الأختين تأخذ الباقي .

٣٩٨٤ - والأخت لأب لا تصير عصبة مع البنت أو بنت الابن ، إلا إذا كانت الأخت الشقيقة غير موجودة ، فإن وجدت الشقيقة والأخت لأب مع البنت ، فلا تأخذ

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٧٧٦/٦ ، ٧٧٧) : « الفرق بين هاتين العصبتين أن الغير في العصبة بغيره ، يكون عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى وفي العصبة مع غيره ، لا تكون عصبة أصلًا ، بل تكون عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير سيد ، وفيه إشارة إلى وجه اختصاص الأول بالباء ، والثاني بـ(مع) . قال في سكب الأنهر : الباء للإلصاق والإلصاق بين الملصق والملصق به لا يتحقق إلا عند مشاركهما في حكم الملصق به ، فيكونان مشاركين في حكم العصوبة ، بخلاف كلمة (مع) فإنها للقرآن ، والقرآن يتحقق بين الشخصين بغير المشاركة في الحكم ؛ كقوله تعالى ﴿ وَجَعَلْنَا مَعَهُۥٓ أَخَاهُ هَـٰرُونَ وَزِيرًا ﴾ أي : وزيره حيث كان مقارنًا به في النبوة وكلفظ القدوري ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام ، أي : فاتته الصلاة المقارنة بصلاة الإمام لا أن تفوتهما معًا فتكون هي عصبة دون ذلك الغير » .

الأخت لأب شيئًا ؛ لأنها حجبت بالشقيقة حيث صارت عصبة .

(مادة ٦١٤)

وَالسَّبَبِيُّ : هُوَ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ . وَهُوَ وَارِثٌ بِالتَّعْصِيبِ وَآخِرُ الْعَصَبَاتِ ، وَمُقَدَّمٌ عَلَى ذَوِي الأَرْحَامِ وَالرَّد عَلَى ذوي الْفُرُوضِ .

وَالْمُعْتِقُ يَرِثُ مِنْ مُعْتَقِهِ ، وَلَوْ شَرَطَ فِي عِتْقِهِ أَنْ لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ الذُّكُورُ عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الْعَصَبَاتِ النَّسَبِيَّةِ . فَتَكُونُ الْعَصَبَةُ النَّسَبِيَّةُ لِلْمُعْتِقِ مُقَدَّمَةً عَلَى السَّبَبِيَّةِ .

وَالْمُرَادُ بِالْعَصَبَةِ النَّسَبِيَّةِ لِلْمُعْتِقِ : مَا هُوَ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ فَقَطْ . فَيَكُونُ ابْنُ الْمُعْتِقِ عِنْدَ عَدَمِ الْمُعْتِقِ أَوْلَى الْعَصَبَاتِ بِالإِرْثِ ، ثُمَّ ابْنُ ابْنِهِ وَإِنْ سَفَلَ ، ثُمَّ أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ وَإِنْ عَلَا إِلَى آخِرِ الْعَصَبَاتِ .

وَلَا وَلَاءَ لِمَنْ هُوَ عَصَبَةٌ لِلْمُعْتِقِ بِغَيْرِهِ أَوْ مَعَ غَيْرِهِ عَلَى مَنْ أَعْتَقَهُ .

وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، عُتِقَ عَلَيْهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَلَا وَارِثَ لَهُ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْمَوْلَى ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥/٢٨) : « وإن ترك المولى أبًا وابنًا فميراث المعتق لابن المعتق خاصة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ، وكذا الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأنه أقرب عصوبة عنده ، وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها ، وإن جنى جناية فعقله على عاقلة الأخ كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٢١ ، ٢٢) : « (والمعتقة) في حجبها بغيرها (كالمعتق) في حجبه فيحجبها عصبة النسب (وكل عصبة) يمكن حجبه ، ولم ينتقل عن التعصيب للفرض (يحجبه أصحاب فروض مستغرقة) للتركة كزوج وأم وأخ لأم وعم فلا شيء للعم لحجبه باستغراق الفروض ، وذكر الشارح بدل الأخ للأم الجد ونسب لسبق القلم ؛ لأن الجد إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ولد إنما يرث بالتعصيب لا بالفرض حتى يكون للجد السدس في المسألة المذكورة ، وهذا ممنوع فقد صرح ابن الهائم بأن الجد يأخذ بالفرض إذا لم يبق إلا السدس أو دونه أو لم يبق شيء ، وخرج بيمكن الولد ؛ لأنه عصبة لا يمكن حجبه ، وقد علم من قول المصنف أول الفصل لا يحجبه أحد ، وبلم ينتقل إلخ العصبة الشقيق في المشركة ، والعصبة الشقيقة في الأكدرية ، فإن العصبة فيهما لم يحجب باستغراق الفروض ؛ لأن كلًا منهما انتقل إلى الفرض ، ولو عبر المصنف بذلك لكان حسنًا .

تنبيه : « من لا يرث لمانع من رق أو نحوه لا يحجب غيره حرمانًا ولا نقصانًا » .

وجاء فيه أيضًا (٤/٣١) : « (من) مات (ولا عصبة له بنسب وله معتق فماله) وما ألحق به كله لمعتقه =

....

= (أو الفاضل) منه (عن) الفرض أو (الفروض له رجلًا كان) المعتق (أو امرأة) لإطلاق قوله ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق » ؛ ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا في الإرث ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع وإنما قدم النسب عليه ؛ لقوته ويرشد إليه حديث : « الولاء لحمة كلحمة النسب » شبه به والمشبه دون المشبه به (فإن لم يكن) أي يوجد معتق (فلعصبته) أي المعتق (بنسب المتعصبين بأنفسهم) كابنه وأخيه (لا لبنته وأخته) ولو مع أخويهما المعصبين لهما ؛ لأنهما من أصحاب الفروض ولا للعصبة مع غيره . والمعنى فيه كما قاله ابن سريج أن الولاء أضعف من النسب المتراخي ، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العم دون أخواتهم ، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم فبنت المعتق أولى أن لا ترث ؛ لأنها أبعد منهما ، والمعتبر أقرب عصباته يوم موت العتيق ، فلو مات المعتق وخلف ابنين ثم مات أحدهما وخلف ابنًا ثم مات العتيق فولاؤه لابن المعتق دون ابن ابنه .

تنبيه : الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق بل إنما يثبت بعده .

تنبيه : كلام المصنف كالصريح في أن الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق بل إنما يثبت بعده . قال البلقيني : وليس كذلك ، بل الولاء ثابت لهم في حياة المعتق على المذهب المنصوص في الأم ، إذ لو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته لم يرثوا . وقال السبكي : يتلخص للأصحاب فيه وجهان : أصحهما : أنه لهم معه ، لكن هو المقدم فيما يمكن جعله له كإرث المال ونحوه ، والثاني : لا يكون إلا بعد موته لا بطريق الانتقال الذي هو الإرث (وترتيبهم) أي عصبات المعتق (كترتيبهم في النسب) فيقدم ابن المعتق ثم ابنه وإن سفل ثم أبوه ثم جده وإن علا ، وهكذا (لكن الأظهر أن أخا المعتق) لأبوين أو لأب (وابن أخيه) لهما (يقدمان على جده) جريًا على القياس في أن البنوة أقوى من الأبوة ، وإنما خولف في النسب لإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - على أن الأخ لا يسقط الجد ، ولا إجماع في الولاء فصرنا إلى القياس ، والثاني : أنهما يستويان كالنسب ، ويجري فيه القولان في العم وأبي الجد ، وفي كل عم اجتمع مع جد إذا أدلى العم بأب دون ذلك الجد .

قال البلقيني وغيره : وكذا في ابن العم مع أبي الجد ، ويفارق العتق أيضًا النسب فيما لو كان للمعتق ابنا عم : أحدهما : أخ لأم فإنه يقدم هنا بخلاف النسب فإنهما سواء بعد إخراج الفرض ، والفرق أن الأخ للأم في النسب يرث فأعطي فرضه واستويا في الباقي بالعصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجح من يدلي بقرابة الأم لتمحضها للترجيح (فإن لم يكن له) أي المعتق (عصبة) من النسب (فلمعتق المعتق ، ثم عصبته) أي عصبة معتق المعتق (كذلك) أي على الترتيب المذكور في عصبة المعتق ثم لمعتق معتق المعتق ثم لعصبته ، وعلى هذا القياس ، ثم بيت المال . (ولا ترث امرأة بولاء إلا معتقها) بفتح التاء بخطه ، وهو من أعتقته لإطلاق الحديث المار « **إنما الولاء لمن أعتق** » .

تنبيه : قد يشعر قوله : معتقها إخراج من عتق عليها من أصولها أو فروعها بالملك ، وليس مرادًا ، بل لها ولاؤه اتفاقًا (أو منتميًا إليه) أي : معتقها (بنسب) كابنه وإن سفل (أو ولاء) كمعتقه بفتح المثناة ، ويشركها الرجل في ذلك مع زيادة ، وهو كونه عصبة معتق من النسب .

تنبيه : اشترت بنت أباها فعتق عليها ثم اشترى الأب عبدًا وأعتقه ثم مات الأب عنها وعن ابن له ثم عتيقه عنهما فميراثه للابن دون البنت .

تنبيه : استثنى في التنبيه صورة ثالثة ، وهي جر الولاء إليها . وصورتها : أن يتزوج عبدها بمعتقة لرجل فيأتي =

....

= بولد فولاء الولد لموالي الأم ، فإذا أعتقت المرأة عبدها وهو أبو الولد جر الأب ولاء الولد إلى المرأة ، ولو اشترت بنت أباها فعتق عليها ثم اشترى الأب عبدًا وأعتقه ثم مات الأب عنها وعن ابن له ثم عتيقه عنهما فميراثه للابن دون البنت ؛ لأنه عصبة معتق من النسب والبنت معتقة المعتق ، والأول أقوى ، وتسمى هذه مسألة القضاة لما قيل أنه أخطأ فيها أربعمائة قاضٍ غير المتفقهة حيث جعلوا الميراث للبنت ، وغفلوا عن كون عصبة المعتق من النسب مقدمًا على معتق المعتق ، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٦٥/٨) : « وقدم عاصب النسب ثم المعتق ثم عصبته كالصلاة يعني أن المعتق بفتح التاء إذا مات وترك مالاً فإنه يرثه عاصب النسب مثل أبيه أو أخيه ونحو ذلك ويقدم على عاصب الولاء فإن لم يكن له عاصب من جهة النسب فمعتقه فإن لم يوجد المعتق بكسر التاء فالأحق بالإرث عصبته الأقرب فالأقرب فيقدم الأخ وابنه على الجد وهو مقدم على العم وابنه ثم بعدهما أبو الجد وهكذا كترتيب الصلاة على جنازته إذا مات فغير العصبة لا شيء لهم كالأم مع الأب والأب مع الابن والبنت مع الابن وما أشبه ذلك فالضمير في عصبته يرجع للذي صدر منه العتق أي المتعصبون بأنفسهم وأما العاصب بغيره أو مع غيره فلا شيء له ، وأما عصبة عصبة المعتق بكسر التاء فإنهم لا حق لهم في الولاء في هذه المسألة وهي ما إذا أعتقت امرأة عبدًا ولها ابن من زوج لا يقرب لها فإذا ماتت المرأة فإن الولاء ينتقل لولدها فإن مات هذا الولد فإن أباه لا يرث العتيق بالولاء عند الأئمة الأربعة ونص عليه مالك في المدونة وغيرها والميراث للمسلمين ولا يقال من مات عن حق فلوارثه ؛ لأن هذا الخبر غير معروف والضمير في قوله : (ثم معتق معتقه) يرجع للذي وقع عليه العتق أي فإن لم يكن للمعتق بفتح التاء عصبة ورثه حينئذٍ معتق معتقه ثم عصبته فإذا اجتمع معتق أبي المعتق بفتح التاء ومعتق المعتق كان معتق المعتق أولى بالإرث ؛ لأن معتق المعتق يدلي بنفسه ومعتق أبيه يدلي بواسطة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٩٣/٦ ، ٢٩٤) : « (والولاء لأقرب عصبة المعتق) وجملة ذلك أن المولى العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله ، كان ماله لمولاه على ما أسلفناه . فإن كان مولاه ميتًا ، فهو لأقرب عصبته ، سواء كان ولدًا أو أبًا ، أو أخًا أو عمًّا ، أو ابن عم أو عم أب ، وسواء كان المعتق ذكرًا أو أنثى . فإن لم يكن له عصبة من نسبه ، كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ، ثم لمولاه ، وكذلك أبدًا روي هذا عن عمر ﷺ . وبه قال الشعبي ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والثوري والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو حنيفة وصاحباه . وقد روي عن علي ﷺ ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها ، أو ابن أخيها ، أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها ، دون ابنها . وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة ، فروي عن إبراهيم أنه قال : اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطلب ، فقال علي : أنا أحق بهم ، أنا أرثهم وأعقل عنهم . وقال الزبير : هم موالي أمي ، وأنا أرثهم . فقضى عمر للزبير بالميراث ، والعقل على علي . رواه سعيد ، قال : حدثنا أبو معاوية حدثنا عبيدة الضبي ، عن إبراهيم ، وقال : ثنا هشيم . ثنا الشيباني عن الشعبي ، قال : قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس ، وقضى عمر في موالي أم هانئ بنت أبي طالب لأبيها جعدة بن هبيرة دون علي . وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم ، أن امرأة أعتقت عبدًا لها ، ثم توفيت ، وتركت ابنًا لها وأخاها . ثم توفي مولاها من بعدها ، فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه ، فقال ﷺ : ميراثه لابن المرأة . فقال أخوها : يا رسول الله ، لو جر جريرة كانت علي ، ويكون ميراثه لهذا ؟! قال : « نعم » .

=

....

= وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أن رسول الله ﷺ قال : « المولى أخ في الدين ، ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق » . إذا ثبت هذا فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ، ثم مات مولاها ، فميراثه لابنها ، وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها ، وتركت عصبة ، كأعمامه وبني أعمامه ، ثم مات العبد ، وترك أخا مولاته وعصبة ابنها ، فميراثه لأخي مولاته ؛ لأنه أقرب عصبة المعتق ، فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها ، فإن انقرض عصبتها ، كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها ، ويروى نحو هذا عن علي . وبه قال أبان بن عثمان ، وقبيصة بن ذؤيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، ومالك ، والشافعي وأهل العراق .

وروي عن علي رواية أخرى ، أنه لعصبة الابن . وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس ، وسعيد بن المسيب وبه قال شريح . وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال . وقد روي عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده ، أن رئاب بن حذيفة ، تزوج امرأة ، فولدت له ثلاثة غلمة ، فماتت أمهم ، فورثوا عنها ولاء مواليها ، وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها ، فأخرجهم إلى الشام ، فماتوا ، فقدم عمرو بن العاص ، ومات مولاها ، وترك مالًا ، فخاصمه إخوتها إلى عمر ، فقال : قال رسول الله ﷺ : « ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان » . قال : وكتب له كتابًا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف ، وزيد بن ثابت ، ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة . رواه أبو داود ، وابن ماجه . في « سننهما » . والصحيح الأول ؛ فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل . وإنما يورث به ، وهو باق للمعتق ، يرث به أقرب عصباته ، ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئًا ، وعصبات الابن غير عصبات أمه ، فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها . وحديث عمرو بن شعيب غلط ، قال حميد : الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث . فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته ، الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات . ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم . فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب ، كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ، ورث بما فيه من التعصيب ، ولم يرث بفرضه شيئًا . وإن كان عصبات في درجة واحدة ، كالبنين وبنيهم ، والإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، اقتسموا الميراث بينهم بالسوية . وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة » .

وجاء فيه أيضًا (٢٧٩/٦ ، ٢٨٠) : « ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام ، في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، فإذا مات رجل ، وخلف بنته ومولاه ، فلبنته النصف ، والباقي لمولاه . وإن خلف ذا رحم ومولاه ، فالمال لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى . وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى . ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾ ولنا : حديث عبد الله بن شداد ، وحديث الحسن ؛ ولأنه عصبة يعقل عن مولاه ، فيقدم على الرد وذوي الرحم ، كابن العم . وإن كان للمعتق عصبة من نسبه ، أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى . لا نعلم في هذا خلافًا ؛ لما تقدم من الحديث ، ولقول النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » . وفي لفظ : « فلأولى عصبة ذكر » . والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء ؛ لأنه مشبه بالقرابة ، والمشبه به أقوى من المشبه ؛ ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ، ولا يتعلق ذلك بالولاء » .

٣٩٨٥ - واعلم أن العصوبة قد تؤثر في أصل الاستحقاق ، كبنت ابن وابن ابن مع بنتين ، فلولا عصوبتها لسقطت ؛ إذ البنتان تستحقان الثلثين فلا تأخذ بنت الابن شيئًا ، إلا إذا وجد معها معصب ، فهو قريب مبارك إذ لولاه لسقطت بنت الابن .

٣٩٨٦ - وقد تؤثر في النقصان ؛ كبنت وابن ، فإنهما يرثان للمذكر ضعف ما للأنثى ، فلولا التعصيب لأخذت البنت النصف .

٣٩٨٧ - وقد تؤثر في الحرمان ؛ كبنت ابن وابن ابن وبنت وزوج وأب وأم، فالبنت لها النصف ، والزوج الربع ، والأب السدس ، والأم مثله ، فالمسألة من اثني عشر ، للزوج ثلاثة ، وللبنت ستة ، وللأب اثنان ، وللأم مثله ، فقد عالت المسألة إلى ثلاثة عشر ، وحينئذٍ لم يبق لابن الابن وبنت الابن شيء فتسقط معه ، ولولا وجوده لفرض لها السدس عائلًا كما هو قاعدتها مع وجود بنت واحدة ، فهو قريب مشؤوم إذ لولاه لورثت .

٣٩٨٨ - وقد لا تؤثر العصوبة شيئًا كبنت وبنت ابن وابن ابن وأخ شقيق ، فإن البنت تأخذ فرضها وهو النصف ، والباقي بين بنت الابن وابنه للمذكر ضعف ما للأنثى ، ولا شيء للأخ ؛ لأنه محجوب بابن الابن فعند قسمة الباقي بعد فرض البنت وهو النصف يخص بنت الابن السدس . فلو لم يكن ابن الابن موجودًا ، لأخذت السدس بالفرض ، والباقي يأخذه الأخ الشقيق بطريق التعصيب .

العاصب السببي

٣٩٨٩ - **العاصب السببي** : هو مولي العتاقة . وسمي بذلك ؛ لأن عصوبته آتية من جهة السبب وهو العتق .

٣٩٩٠ - فهو وارث بالتعصيب ، ولكنه مؤخر عن العاصب النسبي ومقدم على ذوي الأرحام والرد على ذوي الفروض .

٣٩٩١ - فإذا مات المعتق - بفتح التاء - ، وترك ابنًا ومعتِقًا - بكسر التاء - ، كان المال كله لابنه ، ولا شيء للمعتق ؛ لأن ابنه عصبة نسبية ، والمعتِق عصبة سببية ، والنسبية مقدمة لقوتها .

٣٩٩٢ - وإن ترك بنتًا أو أختًا شقيقة ومعتقًا ، أخذت البنت أو الأخت الشقيقة فرضها ، والمعتق يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، ولا يرد على واحدة منهما إذ العاصب السببي موجود وهو مقدم على الرد ، لما روي أن ابنة حمزة أعتقت عبدًا لها ، ومات عن

بنت ، فجعل رسول اللّٰه - صلى اللّٰه تعالى عليه وسلم - نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة [١] .

٣٩٩٣ - وإذا ترك ابن بنت ومعتقًا ، أخذ المعتق كل التركة ، ولا شيء لابن بنته ؛ لأنه من ذوي الأرحام ، والعصبة السببية مقدمة عليهم .

٣٩٩٤ - والمعتق - بكسر التاء - يرث معتَقه - بفتحها - ، ولو شرط في عتقه أن لا ولاء له عليه ؛ لأن هذا الشرط مخالف للشرع ، فيبطل . فقد روي أن عائشة رضي اللّٰه تعالى عنها أرادت أن تشتري بَرِيرَةَ لتعتقها ، فقال أهلها : على أن ولاءها لنا . فقال رسول اللّٰه - صلى اللّٰه تعالى عليه وسلم - : « **لا يمنعك ذلك ، فإن الولاء لمن أعتق** » [٢] . أي : لا لمن شرطه لنفسه من بائع وموصٍ وغيرهما .

٣٩٩٥ - فإذا مات المعتق - بفتح التاء - بعد معتقه ، فولاؤه لعصبته بأنفسهم ؛ وهي : البنوة ، والأبوة ، والأخوة ، والعمومة على ما تقدم لك في الإرث بالتعصيب النسبي ، أي : فيقدم أوَّلًا بالجهة ثم بالدرجة ثم بالقوة . فإن اتحدوا في الكل ، قسم المال بينهم بالسوية .

٣٩٩٦ - ولا إرث من المعتق - بفتح التاء - لمن هو عصبة للمعتق - بكسر التاء - بغيره أو مع غيره .

٣٩٩٧ - فإذا مات المعتَق بعد المعتِق وترك بنت المعتِق وابنه ، كان المال كله لابنه دونها ؛ لأن البنت ليست عصبة بنفسها ، بل بغيرها .

٣٩٩٨ - وكذلك لا شيء للأخت ؛ لأنها تصير عصبة لا بنفسها بل مع غيرها .

٣٩٩٩ - وإذا ترك أبا المعتق وابنه أو ابن ابنه ، كان المال كله لابن المعتق أو ابن ابنه ولا شيء لأبيه ؛ لأن البنوة مقدمة على الأبوة في العصوبة . هذا هو الذي عليه المعول .

٤٠٠٠ - وقال أبو يوسف : يأخذ الأب السدس ، والباقي لجهة البنوة .

---

(١) سنن ابن ماجه : كتاب الفرائض ، باب : ميراث الولاء (٢٧٣٤) ، وسنن الدارمي : كتاب الفرائض ، باب : الولاء (٣٠١٣) .

(٢) صحيح البخاري : كتاب : البيوع ، باب : إذا اشترط في البيع شروطًا لا تحل (٢١٦٩) ، وصحيح مسلم : كتاب : العتق ، باب : إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤) ، وسنن النسائي : كتاب : البيوع ، باب : البيع يكون فيه الشرط الفاسد فيصح ويبطل الشرط (٤٦٤٤) ، وسنن أبي داود : كتاب : الفرائض ، باب : في الولاء (٢٩١٥) .

٤٠٠١ – واستدل : بأن الولاء كله أثر الملك ، فيلحق بحقيقة الملك ، والمعتق لو ترك أبًا وابنًا ، كان لأبيه سدس ماله والباقي لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء .

٤٠٠٢ – والجواب عن ذلك : أن الأب إنما يأخذ السدس من ابنه بطريق الفرض ، والابن يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، والإرث من معتق ابنه ليس بالفرض بل بالتعصيب ، فيقدم أولى العصبات وهو الابن وابنه وإن نزل .

٤٠٠٣ – وإن ترك المعتق ابن المعتق وجده ، كان المال كله لابن المعتق بالاتفاق .

٤٠٠٤ – وقد عرفت مما تقدم أن هذه المسألة من المسائل التي يخالف فيها الأب الجد .

٤٠٠٥ – وإن مات وترك أبا المعتق وأخوته ، كان المال كله للأب اتفاقًا .

٤٠٠٦ – وكذا لو كان مكان الأب جد عند أبي حنيفة ؛ لأن الجد يحجب الإخوة عنده ، وهو المعول عليه والمعمول به الآن . وعند الصاحبين يرث الجد مع الإخوة كما ستعرفه في كيفية توريثهم إذا اجتمعوا .

٤٠٠٧ – وإن ترك أخًا شقيقًا للمعتق أو لأب وعمًا له ، كان كل المال للأخ ؛ لأنه مقدم على العم بالجهة .

٤٠٠٨ – وإن ترك أخًا لأب للمعتق وابن أخ شقيق ، قدم الأخ لقرب درجته .

٤٠٠٩ – وإن ترك أخًا شقيقًا وأخًا لأب ، قدم الأخ الشقيق لقوته .

٤٠١٠ – وإن ترك عمين شقيقين ، استويا في الاستحقاق لعدم المرجح .

٤٠١١ – فترتيب عصبة المعتق في الإرث من المعتق كترتيبهم في استحقاقهم من جهة النسب ؛ فتقدم أولًا جهة البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة .

٤٠١٢ – فإن اتحدوا في الجهة قدم الأقرب درجة ، فإن اتحدوا في الجهة والقرب قدم الأقوى ، فإن اتحدوا في الكل اشتركوا في القسمة .

٤٠١٣ – فإن انعدمت عصبات المعتق ، قدم معتِق المعتِق ، ثم عصبته على الترتيب المذكور ، ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته إلخ .

٤٠١٤ – ثم إنه يشترط في الإرث بالعتق أن يحصل العتق لشخص وهو على ملك شخص آخر ، سواء كان بالإعتاق ولو من وصية بأن أوصى بعتق عبده بعد موته أو بالاستيلاد أو بملك رحم محرم منه ، وسواء كان الإعتاق لوجه حق أو لغيره كالعتق للرسول أو للولي .

٤٠١٥ - وحينئذٍ يكون قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الولاء لمن أعتق** » (١) . جريًا على الغالب أو أن القصر إضافي ، فيكون المعنى : الولاء لمن أعتق ، لا لمن شرطه لنفسه من بائع ونحوه كواهب وموصٍ .

(مادة ٦١٥)

مَوْلَاةُ الْعَتَاقَةِ كَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَالأَصْلُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا : مَا أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ ، أَوْ دَبَّرْنَ ، أَوْ دَبَّرَ مَنْ دَبَّرْنَ ، أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ أَوْ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِنَّ .

فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَاةَ الْعَتَاقَةِ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لَهَا (٢) .

* * *

٤٠١٦ - والمعتق يرث من معتقه ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ، فالمولاة كالمولى في جميع ما تقدم .

٤٠١٧ - فإذا أعتقت امرأة شخصًا ، ثبت لها عليه الولاء ، فترثه هي وعصبتها بأنفسهم على الكيفية والترتيب اللذين عرفتهما مما تقدم .

٤٠١٨ - فالنساء لا يرثن بطريق لولاء من معتق غيرهن من أب أو جد أو أخ ، بل من شخص كن سببًا في عتقه .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/١١٨) : « (**وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن**) بهذا اللفظ ورد الحديث ، وفي آخره « **أو جر ولاء معتقهن** » وصورة الجر : أن المرأة إذا زوجت عبدها امرأة حرة فولدت ولدًا فإن الولد حرٌّ تبعًا لأمه وولاؤه لموالي أمه دون موالي أبيه حتى لو مات الولد يكون ميراثه لموالي الأم ولا يكون للمرأة ، ولو أن المرأة أعتقت عبدها جر ولاء ولده إلى نفسه وإلى مولاته ، والمرأة جرت ولاء معتقها إلى نفسها فبعد ذلك لو مات الابن ولا ميراث له لأبيه فإن لم يكن له أب فميراثه للمرأة التي أعتقت أباه كذا في الخجندي في باب الفرائض ، وقوله : أو أعتق من أعتقن يعني أن معتقها إذا اشترى عبدًا فأعتقه ثم مات الأول وبقي الثاني ولا وارث فإن ميراثه لها ؛ لأنها أعتقت من أعتقه ، ولو ترك المعتق ابن مولاته وأخاها فالولاء لابنها دون أخيها ؛ لأنه أقرب عصوبة إلا أن عقل جنايتها على أخيها ؛ لأنه من قوم أبيها . قوله : (**أو دبرت**) صورته : امرأة دبرت عبدها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وقضي بلحاقها حتى عتق مدبرها ثم جاءت مسلمة إلينا ثم مات المدبر وترك مدبرته هذه فولاؤه لها . قوله : (**أو دبر من دبرن**) صورته : أن هذا المدبر بعد ما عتق دبر عبده ومات ثم مات الثاني فولاؤه لمدبر مدبره » .

٤٠١٩ - والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « **ليس للنساء من الولاء إلا : ما اعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ، أو دبرن أو دبر من دبرن ، أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن** » (١) .

٤٠٢٠ - ومعنى هذا الحديث : ليس للنساء من الولاء شيء إلا ولاء ما ، أي : العبد الذي اعتقنه أو ولاء ما أي : العبد الذي اعتقه من اعتقنه أو ولاء ما ، أي : العبد الذي كاتبنه أو ولاء ما كاتبه من كاتبنه أو ولاء ما دبرنه أو ولاء ما دبره من دبرنه أو جر ولاء معتقهن أو الولاء الذي هو مجرور معتق معتقهن .

٤٠٢١ - فحذف من كل نظير ما أثبت في الآخر ، أي : ليس لهن من الولاء إلا : ولاء ما أعتقن ، أو ولاء من أعتقه ، أو كاتبه ، أو دبره من أعتقن ، أو ولاء ما كاتبن ، أو ولاء ما كاتب ، أو أعتق ، أو دبر من كاتبن ، أو ولاء ما دبرنه ، أو ولاء ما دبر ، أو أعتق أو كاتب من دبرنه . فكلمة « ما » المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الإعتاق ، فإنه بمنزلة سائر ما يتملك مما لا عقل له كما في قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ (٢) .

٤٠٢٢ - وكلمة « مَنْ » عبارة عمن صار حرًا مالكًا ، فاستحق أن يعبر عنه بلفظ العقلاء ، فعبر عن الأول بـ « ما » وعن الثاني بـ « من » وإن كانا حرين ؛ لأن الأول متصرف فيه كسائر الأموال ، والثاني متصرف كسائر الملاك .

٤٠٢٣ - وقوله : « أو جر » . عطف على المستثنى المحذوف وهو ولاء ، وولاء المذكور مفعوله ومعتقهن فاعله وهو على تقديران والمصدر المنسبك بمعنى اسم المفعول كما في قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ أَن يُفْتَرَىٰ ﴾ (٣) . أي : مفترى . أو على تقدير موصوف حذف ، وأقيمت صفته مقامه ، ووضع المظهر موضع المضمر ، والتقدير : ليس للنساء من الولاء إلا كذا وإلا ولاء جر ، أي : مجرور معتقهن أو إلا

---

(١) قال الحافظ في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/١٩٥) : « لم أجده هكذا ، وأخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن مسعود وعلي وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن . ومن طريق إبراهيم : كان عمر وعلي وزيد بن ثابت لا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن . وأخرج ابن أبي شيبة من طريق الحسن أنه قال : لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن . وروى عبد الرزاق من طريق يحيى بن الجزار عن علي ، قال : لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن . ومن طريق ابن مسعود نحوه . قال الحكم : وكان شريح يقوله » .

(٢) النساء : ٣ . (٣) يونس : ٣٧ .

ولاء جره معتقهن .

٤٠٢٤ - وثبوت الولاء بالنسبة للمدبر يكون بالنسبة لعصبة المعتقة ، لا لها إذ المدبر لا يصير حرًا إلا بموت المدبر ، فلا يتصور أن يموت المدبر - بفتح الباء المشددة - حرًا في حياة المدبر - بكسر الباء - .

٤٠٢٥ - أو نقول : يمكن أن يكون بالنسبة لها أيضًا ، ونصوره بأن امرأة دبرت عبدًا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها وبحرية عبدها المدبر ، ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام ، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية، فهذه المرأة عصبته .

٤٠٢٦ - وصورة جر معتقهن الولاء : أن عبد امرأة تزوج بإذنها جارية قد أعتقها مولاها ، فولد منها ولد ، فهو حر تبعًا لأمه ، وولاؤه لمولى أمه . فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها ، جر ذلك العبد بإعتاقها إياه ولاء ولده إلى مولاته ، حتى إذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة أبيه ، فولاؤه لها .

٤٠٢٧ - وصورة جر معتق معتقهن الولاء : أن المرأة أعتقت عبدًا ، فاشترى العبد المعتق عبدًا ، وزوجه بمعتقة غيره ، فولد بينهما ولد ، فهو حرٌ وولاؤه لولي أمه . فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده ، جر بإعتاقه ولاء ولد معتقه إلى نفسه ثم إلى مولاته .

الباب السادس
في الحجب

(مادة ٦١٦)

الْحَجْبُ : مَنْعُ شَخْصٍ مُعَيَّنٍ عَنْ مِيرَاثِهِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ ؛ بِوُجُودِ شَخْصٍ آخَرَ .

وَهُوَ نَوْعَانِ :

الأَوَّلُ : حَجْبُ نُقْصَانٍ عَنْ حِصَّةٍ مِنَ الإِرْثِ إِلَى أَقَلَّ مِنْهَا ؛ كَانْتِقَالِ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ مِنَ النِّصْفِ إِلَى الرُّبُعِ ، وَكَانْتِقَالِ الزَّوْجَةِ مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ مِنَ الرُّبُعِ إِلَى الثُّمُنِ ، وَالأُمِّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ ، وَالأَبِ مِنَ الْكُلِّ إِلَى السُّدُسِ.

الثَّانِي : حَجْبُ حِرْمَانٍ مِنَ الْمِيرَاثِ ، كَحَجْبِ ابْنِ الأَخِ بِالأَخِ [1] .

* * *

٤٠٢٨ – اعلم أن الحجب معناه في اللغة : المنع مطلقًا .

٤٠٢٩ – وفي اصطلاح الفقهاء : منع شخص معين من ميراثه كله أو بعضه ؛ بوجود شخص آخر .

٤٠٣٠ – يعني : أنه لولا وجود الشخص الآخر معه لورث ؛ كالأب مع الجد مثلًا ، فإن الجد لا يأخذ معه شيئًا . فلولا وجود الأب لورث الجد .

٤٠٣١ – فالمنع إنما جاء لمعنى في غيره . فإن كان المنع لمعنى في نفسه ؛ ككونه رقيقًا أو قاتلًا ، سمي : محرومًا لا محجوبًا .

٤٠٣٢ – ويؤخذ من هذا التعريف أن الحجب ينقسم إلى نوعين :

٤٠٣٣ – **الأول : حجب حرمان** : وهو منع شخص عن ميراثه كله ؛ بوجود شخص آخر .

٤٠٣٤ – كحجب الجد بالأب ، وابن الابن بالابن ، وابن الأخ بالأخ . فإن كلًّا من الجد وابن الابن وابن الأخ لا يستحق شيئًا أصلًا مع الأب والابن والأخ .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٦/٢) : « الحجب في اللغة : المنع . وفي اصطلاح أهل هذا العلم : منع شخص معين عن ميراثه ؛ إما كله ويسمى حجب الحرمان ، أو بعضه ويسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر » .

٤٠٣٥ - **والثاني : حجب النقصان** : وهو منع شخص من فرض مقدر إلى فرض أقل منه ؛ لوجود شخص آخر .

٤٠٣٦ - كانتقال الزوج بالفرع الوارث من النصف إلى الربع ، وكانتقال بنت الابن بالبنت من النصف إلى السدس ، وكانتقال الزوجة أو الزوجات من الربع إلى الثمن ، والأم بالفرع الوارث أو اثنين من الإخوة أو الأخوات أو منهما من الثلث إلى السدس .

٤٠٣٧ - فلو نقصت السهام بالعول ؛ كما إذا توفيت الزوجة عن الزوج وأختين لأب وأخت لأم وأم ، أو نقصت حصص أصحاب الفروض بالاجتماع مع من يجانسهم كثلاث بنات أو أخوات لأب أو زوجتين ، فلا يسمى هذا حجبًا [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « (٢٣) الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية الإرث و لكنه لايرث بسبب وجود وارث آخر والمحجوب يحجب غيره .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨١) : ١ - الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية لإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر .

٢ - المحجوب يحجب غيره .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٠) أ - الحجب : حرمان وارث من كل الميراث أو بعضه لوجود وارث آخر أحق به منه .

ب - الحجب نوعان : حجب حرمان ، وحجب نقصان .

ج - المحجوب من الإرث قد يحجب غيره .

(٢٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « (٢٣) الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لايرث بسبب وجود وارث آخر والمحجوب يحجب غيره .

(٢٤) المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحدًا من الورثة .

(٢٩) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : « (٢٥) تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقًا وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلًا له .

(٢٦) يحجب أولاد الأم كل من الأب و الجد الصحيح وإن علا والولد وولد الابن وإن نزل .

(٢٧) يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضًا بنتان أو بنتا ابن أعلى منهما درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقًا لحكم المادة (١٩) .

(٢٨) يحجب الأخت لأبوين كل من الابن وابن الابن وإن نزل والأب .

(مادة ٦١٧)

حَجْبُ الْحِرْمَانِ لَا يَدْخُلُ عَلَى سِتَّةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَهُمْ : الأَبُ ، وَالأُمُّ ، وَالابْنُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالزَّوْجُ ، وَالزَّوْجَةُ . وَيَدْخُلُ حَجْبُ الْحِرْمَانِ عَلَى مَنْ عَدَا السِّتَّةِ الْمَذْكُورِينَ .

وَحَجْبُ النُّقْصَانِ يَدْخُلُ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَهُمْ : الأُمُّ ، وَبِنْتُ الابْنِ ، وَالأُخْتُ لأَبٍ ، وَالزَّوْجَانِ (١) .

* * *

٤٠٣٨ - **فالنوع الأول** : وهو حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة أصلًا ؛ وهم : الأب ، والأم ، والابن ، والبنت ، والزوج ، والزوجة .

٤٠٣٩ - فمتى وجد واحد من هؤلاء في مسألة من المسائل ، فلابد أن يكون مستحقًّا لشيء من التركة ، ولو وجد معه جميع الورثة .

٤٠٤٠ - ولهذا لو اجتمع كل الورثة ذكورًا وإناثًا ، ورث منهم خمسة ؛ وهم : الأبوان ، والولدان ، وأحد الزوجين . ولا يتأتى أن يكون الزوجان موجودين معًا في مسألة من مسائل الإرث .

٤٠٤١ - ويدخل حجب الحرمان على من عدا هؤلاء الستة .

٤٠٤٢ - **والنوع الثاني** : وهو حجب النقصان يدخل على خمسة من الورثة ؛ وهم : الأم ، وبنت الابن ، والأخت لأب ، والزوج ، والزوجة .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٦/٢) : « (حجب الحرمان منتفٍ في حق ستة) من الورثة (الابن والأب والبنت والأم والزوج والزوجة) . فإن قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح أن حجب الحرمان منتفٍ في هذا الفريق ، قلت : الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٥/٣) : « (فلا حاجب للأبوين والزوجين والأولاد) للإجماع ولإدلائهم إلى الميت بأنفسهم في النسب » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٦٤٩/٤) : « لا يحجب الأبوان أي : حجب حرمان والزوجان والولد للميت ذكرًا أو أنثى ، فلا يدخل عليهم حجب حرمان بالأشخاص . وأما حجب بالأوصاف كرق إلخ ، فيدخل على الجميع » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٤/٦) : « لا يسقط بحال خمسة ؛ الزوجان ، والأبوان ، وولد الصلب ؛ لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم ، ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواه ، فيسقط بمن هو أولى بالميت منه » .

٤٠٤٣ - فإن كل واحد من هؤلاء له فرضان ؛ فتارة يأخذ الفرض الأكبر إذا لم يوجد معه من يحجبه عنه ، وتارة يأخذ الأقل إذا وجد معه من يحجبه عنه .

٤٠٤٤ - فالأم تأخذ الثلث إذا لم يوجد معها فرع وارث أو اثنان من الإخوة والأخوات ، فإن وجد معها أحدهما أخذت السدس .

٤٠٤٥ - وبنت الابن تأخذ النصف إذا لم يوجد معها بنت ، فإن وجدت أخذت السدس .

٤٠٤٦ - والأخت لأب تأخذ النصف إذا لم توجد معها أخت شقيقة ، فإن وجدت أخذت السدس .

٤٠٤٧ - والزوج يأخذ النصف إذا لم يوجد معه فرع وارث ، فإن وجد أخذ الربع .

٤٠٤٨ - والزوجة تأخذ الربع إذا لم يوجد معها فرع وارث ، فإن وجد استحقت الثمن .

٤٠٤٩ - فغير هؤلاء ليس له فرضان يحجب من أكثرهما إلى أقلهما ولو الأب ؛ لأنه وإن كان يأخذ السدس مع الفرع الوارث والكل عند عدمه ، ولكن أخذه الكل لا بطريق الفرض بل بطريق التعصيب (١) .

(مادة ٦١٨)

يُحجَبُ الجَدُّ مِنَ المِيرَاثِ بِالأَبِ ، سَوَاءٌ كَانَ الجَدُّ يَرِثُ بِالتَّعْصِيبِ كَجَدٍّ فَقَطْ ، أَوْ بِالْفَرْضِ وَحْدَهُ كَجَدٍّ مَعَ ابْنٍ ، أَوْ بِالْفَرْضِ وَالتَّعْصِيبِ كَجَدٍّ مَعَ بِنْتٍ .

وَتَحْجبُ أُمُّ الْمَيِّتِ الجَدَّاتِ ، سَوَاءٌ كُنَّ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الأَبِ ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الجَدِّ (٢) .

* * *

(١) يحجب الأخت لأب كل من الأب و الابن و ابن الابن و إن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين و الأخت لأبوين إذا كانت عصبة مع غيرها ، طبقًا لحكم المادة ٢٠ و الأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٣٠٥) : « (قوله : وتسقط الجدات بالأم والجد والإخوة والأخوات بالأب) أما الجدات فيسقطن بالأم سواء كن من قبل الأب أو من قبل الأم وكذلك الجدة أم الأب تسقط مع ابنها والأب يحجب الجدات من قبل نفسه ولا يحجب الجدات من قبل الأم حتى أن أم الأم مع الأب والجدات ست ثنتان لك وثنتان لأبيك وثنتان لأمك وكلهن وارثات غير أم أب الأم فإنه لا شيء لها ، =

٤٠٥٠ - والكلام الآن إنما هو في حجب الحرمان . وأما حجب النقصان فقد عرف من أصحاب الفروض وأحوالهم مع غيرهم ، فبعد أن نخرج من لا يدخل عليه حجب الحرمان وهم الستة المتقدمون الأبوان والولدان والزوجان ، يلزمنا أن نعرف من يحجب غيرهم .

٤٠٥١ - فالجد يحجب عن الميراث بالأب ، فمتى وجد الأب لا يستحق الجد شيئًا أصلًا .

٤٠٥٢ - والجدة تحجب بالأم ، سواء كانت الجدة من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الجد .

٤٠٥٣ - وأما الأب فإنه يحجب الجدة التي من قبله وهي أمه وإن علت .

٤٠٥٤ - وكذلك الجد ، فإنه يحجب الجدة التي من قبله أيضًا وهي أمه وإن علت .

٤٠٥٥ - فإن لم تكن من قبله فلا يحجبها وإن علت كأم الأب معه ؛ لأنها زوجته أو أم أم الأب ، فإنه لا يحجبها أيضًا ؛ لأنها ليست منتسبة به ؛ لأنها أم زوجته وتحجب القربى منهن البعيدة ، سواء كانت القربى من جهة الأب أو من جهة الأم .

= واعلم أن كل من لا يرث لا يحجب أحدًا من أهل الميراث كالابن إذا كان قاتلًا أو عبدًا أو كافرًا فإنه لا يرث ويجعل بمنزلة الميت وليس هذا كالاثنين من الإخوة والأخوات ؛ لأنهما لا يرثان مع الأب ومع ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ؛ لأنهما من أهل الميراث في الأصل إلا أن الأب حجبهما » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (والجد) أبو الأب وإن علا (لا يحجبه إلا) ذكر (متوسط بينه وبين الميت) بالإجماع ؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .

تنبيه : لم يقيد المصنف المتوسط بالذكر كما قدرته إيضاحًا ؛ لأن من بينه وبين الميت أنثى لا يرث أصلًا فلا يسمى حجبًا ، وإنما عبر بمتوسط ليتناول حجب الجد لأبيه ، وما فوقه من الصور » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٦٤٩/٣) : « (و) يحجب (الجد بالأب) ؛ لأنه أقرب للميت من الجد » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٦) : « والجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابه ، ويسقط بالأب ؛ لأنه يدلي به ، فيسقط به ، كالإخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابنه ؛ لكونه يدلي به . وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين ، أو امرأة وأبوين ، فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال ، وباقيه للجد ، بخلاف الأب » .

وينظر تعليقنا على مادة (٥٩٥) .

(مادة ٦١٩)

الابْنُ يَحْجبُ ابْنَ الابْنِ ، وَكُلُّ ابْنِ ابْنٍ أَسْفَلَ يُحْجَبُ بِابْنِ ابْنٍ أَعْلَى مِنْهُ.

وَتَسْقُطُ الإِخْوَةُ مِنَ الْمِيرَاثِ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، سَوَاءٌ كَانُوا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ أَوْ لأُمٍّ ، بِـ: الأَبِ ، وَالْجَدِّ ، وَبِالْبَنِينَ ، وَبَنِي الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا (١) .

* * *

٤٠٥٦ - وقد عرفت من شرح إرث العصبات أن التقديم بينهم يكون أولًا بالجهة ، ثم بالدرجة ، ثم بالقوة .

٤٠٥٧ - وينبني على ذلك : أن ابن الابن يُحجب بالابن فقط ، وكل ابن ابن اسفل يحجب بابن ابن أعلى منه .

٤٠٥٨ - والإخوة والأخوات ، سواء كانوا لأبوين أو لأب أو لأم يسقطون بأربعة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا . أما حجب ابن الابن فللقرب ، وتحجب الأخوة بالبنوة والأبوة بسبب الجهة ؛ لأن جهة البنوة والأبوة مقدمة على الأخوة (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) : « (ويحجب بالابن) أي : ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء ؛ لأن الابن أقرب ، وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة ، وكذا بالفرض ؛ لأن بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن ، وإن كن لا يدلين به بأن كان عمهن فهو مساوٍ لأصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده ؛ لأن ما ثبت لأحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (وابن الابن) وإن سفل (لا يحجبه) من العصبة (إلا الابن) أباه كان أو عمه لإدلائه به أو لأنه عصبة أقرب منه ، وهذا مجمع عليه (أو ابن ابن أقرب منه) كابن ابن وابن ابن ابن ، ومن هذا يعلم أن قوله : أولًا ابن الابن مراده وإن سفل كما قدرته حتى ينتظم مع هذا . فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجبه أيضًا أبوان وابنتان أجيب : بأنه سيذكره آخر الفصل في قوله : وكل عصبة يحجبه أصحاب فروض مستغرقة » .

وينظر تعليقنا على مادة (٦٠٧) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٧) : يحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين ، إذا كانت عصبة مع غيرها، طبقًا لحكم المادة (٢٧٨) والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

(مادة ٦٢٠)

الأَخُ لأَبٍ يُحْجَبُ بِـ : الأَبِ ، وَالابْنِ ، وَابْنِ الابْنِ ، وَبِالأَخِ الشَّقِيقِ ، وَبِالأُخْتِ الشَّقِيقَةِ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ الْغَيْرِ [١] .

* * *

٤٠٥٩ - والأخ لأب يحجب بستة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير بأن توفي شخص عن بنت وأخت شقيقة وأخ لأب ، فإن لم تصر الأخت الشقيقة عصبة مع الغير فلا تحجب الأخ لأب .

٤٠٦٠ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب ، أخذ كل من الزوجة والأخت فرضه ، والأخ لأب يأخذ الباقي بطريق التعصيب . أما حجبه بغير الأخ الشقيق فكما تقدم ، وحجبه به بالقوة .

(مادة ٦٢١)

ابْنُ الأَخِ الشَّقِيقِ يُحْجَبُ بِسَبْعَةٍ ؛ وَهُمْ : الأَبُ ، وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ ، وَابْنُ الابْنِ ، وَالأَخُ الشَّقِيقُ ، وَبِالأَخِ لأَبٍ ، وَبِالأُخْتِ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ الْغَيْرِ [٢] .

* * *

---

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٠٣) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٢/٦) : « فالأقرب يحجب الأبعد كالابن يحجب أولاد الابن والأخ لأبوين يحجب الإخوة لأب ومن يدلي بشخص لا يرث معه إلا أولاد الأم » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤ ، ٢٠) : « (وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وجَدٌّ) لأنه في درجة أبيه فحجبه كأبيه (وابن وابنه) ؛ لأنهما يحجبان أباه فهو أولى (وأخ لأبوين) ؛ لأنه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه (و) أخ (لأب) ؛ لأنه أقرب منه . **تنبيه** : ابن الأخ لأب يحجبه سبعة . **تنبيه** : إنما ضبط المصنف هذا بالعدد دون غيره دفعًا للإلباس في قوله بعد ولأب ؛ لئلا يوهم التكرار وإرادة للتنبيه على أن قوله : « ولأب » الثاني معطوف على ابن الأخ لأبوين لا على ما يليه » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٥٧/٢) : « (ولا ترث إخوة لأم مع الجد للأب ولا مع الولد وولد الولد ذكرًا كان الولد أو أنثى) لما تقدم من أن الأخ للأم يحجب بواحد من عمودي النسب ، والمراد بهما الأصل وإن علا والفرع وإن سفل ، فالحاصل : أن الأخ للأم يحجب بواحد من ستة أشار لها خليل بقوله : =

٤٠٦١ – وابن الأخ الشقيق يُحجب بسبعة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب ، والأخت الشقيقة ، أو لأب إذا صارت كل منهما عصبة مع الغير .

٤٠٦٢ – وإنما حجب بمن ذكروا ؛ لما عرفته من القاعدة المتقدمة .

(مادة ٦٢٢)

ابْنُ الأَخِ لأَبِ يُحْجَبُ بِثَمَانِيَةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ؛ وَهُمْ : السَّبْعَةُ الْمَذْكُورُونَ بِالْمَادَّةِ السَّابِقَةِ ، وَبِابْنِ الأَخِ الشَّقِيقِ (١) .

* * *

٤٠٦٣ – وابن الأخ لأب يُحجب بثمانية ؛ وهم السبعة المذكورون في المادة السابقة ، وابن الأخ الشقيق كما تقدم .

(مادة ٦٢٣)

الإِخْوَةُ لأُمٍّ يُحْجَبُونَ بِسِتَّةٍ بِـ : الأَبِ ، وَالْجَدِّ ، وَالابْنِ ، وَابْنِ الابْنِ ، وَالْبِنْتِ الصُّلْبِيَّةِ ، وَبِنْتِ الابْنِ (٢) .

* * *

= وسقط بابن وابنه وبنت وبنت ابن وإن سفلت وأب وجد (و) كذا (لا ميراث للإخوة مع الأب ما كانوا) أي أشقاء أو لأب ؛ لأن كل من أدلى بواسطة لا يرث معها (و) كذا (لا يرث عم مع الجد ولا ابن أخ مع الجد) ؛ لأن رتبة الأخ في رتبة الجد والأخ يحجب ابنه فكذا ما هو بمنزلته » .

(١) **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (٢٠/٤) : « (و) ابن الأخ (لأب يحجبه) سبعة (هؤلاء) الستة لما سبق (وابن الأخ لأبوين) لقوته . فرع : لو تعارض قرب جهة كابن ابن أخ شقيق وابن أخ لأب قدم ابن الأخ لأب ؛ لأن بنوة الأخ جهة واحدة يقدم فيها الأقرب » .
وينظر تعليقنا على المادة السابقة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٧/٢ ، ٧٥٨) : « (وتحجب الإخوة) مطلقًا حجب الحرمان (بالابن وابنه وإن) وصلية (سفل وبالأب) ؛ لأنهم كلالة ، وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد كما مرَّ (والجد) عند الإمام (وتحجب أولاد العلات) وهي الإخوة والأخوات لأب (بالأخ لأبوين أيضًا) ؛ لأن ميراث الإخوة والأخوات لأب وأم جارٍ مجرى ميراث الأولاد الصلبية وأن ميراث الإخوة والأخوات لأب كميراث أولاد الابن ذكورهم كذكورهم وإناثهم كإناثهم ، فكما تحجب أولاد الابن بالابن كذلك تحجب =

....

= الإخوة والأخوات لأب وأم (وعندهما لا تحجب الإخوة لأبوين أو لأب بالجد بل يقاسمونه وهو) أي الجد (كأخ إن لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض) .
قال الفاضل الشريف : إن الجد يشبه الأب في حجب أولاد الأم ، وفي أنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لهما خيار إذا بلغا ، وفي أنه لا ولاية للأخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالأب ، وفي أنه لا يقتل الجد بولد الولد ، وفي أن حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر ، وفي عدم قبول الشهادة ، وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الأب ، وفي أنه لا يجوز دفع الزكاة إليه ، وفي أنه يتصرف في المال والنفس كالأب ويشبه الأخ في أنه إذا كان للصغير جد وأم كانت النفقة عليهما أثلاثًا على اعتبار الميراث كما على الأخ والأم وفي أنه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالأخ ، وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد ، وفي أن الصغير لا يصير مُسلمًا بإسلام الجد ، وفي أنه إذا أقر بنافلة وابنه حي لا يثبت النسب بمجرد إقراره وفي أنه لا يجز ولاء نافلته إلى مواليه كل ذلك كما في الأخ فلتعارض هذه الأحكام اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم - رضي الله تعالى عنهم - في مسألة الجد مع الإخوة فجعل كالأب في حجب الإخوة لأم ، وكالأخ في قسمة الميراث ما دامت المقاسمة خيرًا له ، فإذا لم تكن خيرًا له أعطينا له ثلث المال ؛ لأنه مع الأولاد يرث السدس ومع الإخوة يضاعف ذلك ، وأيضًا إذا قسم المال بين الأبوين فللأم الثلث وللأب الثلثان وهما في الدرجة الأولى ، ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية ، وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه أعني الثلث ، فإذا كان مع الجد أخ واحد أخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث ، وإذا كان معه أخوان فهما أي المقاسمة والثلث متساويان ، وإذا كان معه ثلاثة إخوة فالثلث خير له ؛ لأن نصيبه بالمقاسمة حينئذٍ ربع هذا إذا لم يكن معه صاحب فرض (أو) إن لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) أي وجود ذي الفرض يعني إذا كانت معه أختان لأب وأم يجعل الجد كأخ ويكون المال بينه وبين الأختين للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذا إذا كانت معه ثلاث أخوات ، وإن كانت معه أربع أخوات فالمقاسمة والثلث سواء ؛ لأنه إذا جعل كأخ يكون كأختين ويكون عدد الأخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له ، والاثنان ثلث الستة ، وتكون المقاسمة والثلث مستويتين ، وإن كانت معه خمس أخوات يكون الثلث خيرًا له ؛ لأنه إن جعل كأخ يكون بمنزلة أختين فيكون عدد الأخوات سبعًا فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيرًا له ، وباقي أحكام المقاسمة مذكور في كتب الفرائض وشروحها فليراجع (والفتوى على قول الإمام) وهو سقوط الإخوة والأخوات بالجد لكن المختار في زماننا أن يفتى بعد أخذ الجد السدس بالمصالحة في الباقي بين الإخوة والأخوات وبينه » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (والأخ لأبوين يحجبه) ثلاثة (الأب والابن وابن الابن) وإن سفل بالإجماع (و) الأخ (لأب يحجبه) أربعة (هؤلاء) الثلاثة ؛ لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى (وأخ لأبوين) لقوته بزيادة القرب ، فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجب أيضًا ببنت ، وأخت شقيقة ، ولا يصح أن يجاب عنه بما مرَّ ؛ لأنه في هذه الصورة لم يحجبه أصحاب فروض مستغرقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصبة . أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده ، وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها ، بل مع غيرها (و) الأخ (لأم يحجبه) أربعة (أب وجد وولد) ذكرًا كان أو أنثى (وولد ابن) ولو أنثى بالإجماع ، =

٤٠٦٤ - والإخوة والأخوات لأم يحجبون بستة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ؛ لما عرفته غير مرة من أن أولاد الأم يحجبون بالفرع الوارث مطلقًا ، والأصل الوارث المذكر.

= ولآيتي الكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد . أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها كما مرت الإشارة إليه ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلى به ، إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم ، أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأمومة ، وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠١/٨) : « وسقط بابن وابنه وبنت ، وإن سفلت وأب وجد يعني أن الأخ للأم يحجب حجب حرمان بكل واحد من عمودي النسب وبالبنت للصلب وبنت الابن ، وإن سفلت فالحاصل أن الأخ للأم يسقط بستة بالابن ذكرًا كان ، أو أنثى وابن الابن ، وإن سفل ذكرًا كان أو أنثى وبالأب والجد ، وإن علا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٢/٦ ، ١٦٣) : « (ولا يرث أخ ، ولا أخت لأب وأم أو لأب ، مع ابن ، ولا مع ابن ابن وإن سفل ، ولا مع أب) أجمع أهل العلم على هذا ، بحمد الله ، وذكر ذلك ابن المنذر ، وغيره . والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ الآية . والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، بلا خلاف بين أهل العلم ؛ ولأنه قال : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ . وهذا حكم العصبة ، فاقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ؛ لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات ، والأم ؛ لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ، ذكرهم وأنثاهم بثلاثة ؛ بالابن ، وابن الابن وإن سفل ، وبالأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأبوين ؛ لما روي عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ؛ ولأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي .

(ولا يرث أخ ولا أخت لأم ، مع ولد ، ذكرًا كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ، ولا مع أب ، ولا مع جد) وجملة ذلك : أن ولد الأم ، ذكرهم وأنثاهم ، يسقطون بأربعة ؛ بالولد ، وولد الابن ، والأب ، والجد أب الأب وإن علا ، أجمع على هذا أهل العلم ، فلا نعلم أحدًا منهم خالف هذا ، إلا رواية شذت عن ابن عباس ، في أبوين ، وأخوين لأم ، للأم الثلث ، وللأخوين الثلث ، وقيل عنه : لهما ثلث الباقي . وهذا بعيد جدًا . فإن ابن عباس يسقط الإخوة كلهم بالجد ، فكيف يورث ولد الأم مع الأب ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد ، فكيف يرثون مع الأب ، والأصل في هذه الجملة قول الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ . والمراد بهذه الآية الأخ والأخت من الأم ، بإجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص : (وله أخ أو أخت من أم) ، والكلالة في قول الجمهور : من ليس له ولد ، ولا والد ، فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد ، والولد يشمل الذكر والأنثى ، والوالد يشمل الأب والجد » .

(مادة ٦٢٤)

الْعَمُّ الشَّقِيقُ يُحْجَبُ بِعَشَرَةٍ ؛ وَهُمْ : الأَبُ ، وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ، وَابْنُ الابْنِ ، وَالأَخُ لأَبَوَيْنِ ، وبالأَخ لأَبِ ، وَالأُخْت لأَبَوَيْنِ ، أَوْ لأَبٍ إِذَا صَارَتَا عَصَبَتَيْنِ ، وَبِابْنِ الأَخِ لأَبَوَيْنِ ، أَوْ لأَبٍ (١) .

* * *

٤٠٦٥ - والعم الشقيق يحجب بعشرة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب إذا صارت كل واحدة منهما عصبة مع الغير ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب ، لما عرفته من أن جهة البنوة والأبوة والأخوة مقدمة على العمومة .

---

(١) **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (وأولاد الأم يحجبهم) أربعة (الولد وولد الابن) ولو أنثى فيهما (والأب والجد) للإجماع ولآيتي الكلالة المفسر بمن لا ولد له ولا والدة ، أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلى به إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأمومة وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (ويحجب الأخ والأخت للأبوين بالأب والابن وابن الابن) وإن سفل للإجماع ولتقدم جهتي البنوة والأبوة على غيرهما (ويحجب الأخ للأب بهؤلاء) لذلك (وبالأخ للأبوين) لقوته وبالأخت للأبوين إذا كانت عصبة كما علم مما مرَّ (وتحجب الأخت للأب بالأربعة) المذكورين (وبالأختين من الأبوين) لاستكمالهما الثلثين هذا (إن لم تجد معصبًا) لها من الإخوة للأب وإلا فلا تحجب بهما بل ترث مع معصبها بالتعصب كما مرَّ (ويحجب ابن الأخ للأبوين بأبيه) كابن الابن مع الابن (وبمن يحجبه) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وبالجد) كالأب (والأخ) أيْ وبالأخ (للأب) ؛ لأنه أقرب منه (ويحجب ابن الأخ للأب بهؤلاء وبابن الأخ للأبوين) لقوته (ويحجب العم للأبوين بهؤلاء) ؛ لأنهم أقرب منه (وبابن الأخ للأب) لقرب درجته (وقس عليه) فيحجب العم للأب بهؤلاء بالعم للأبوين ويحجب ابن العم للأبوين بهؤلاء وبالعم للأب ويحجب ابن العم للأب بهؤلاء وبابن العم للأبوين » .

قول المالكية : جاء في شرح الرسالة (٣٨٤/٢) : « (وابن الأخ لأب يحجب عمًّا لأبوين) ؛ لأنه يدلي بولادة الأب والعم يدلي بولادة الجد (و) منه (عم الأبوين يحجب عمًّا لأب) ؛ لأنه جمع رحمًا وتعصيبًا والذي للأب ليس في درجته إلا التعصيب (و) منه (عم لأب يحجب ابن عم لأبوين) لعلوه عليه بدرجة (و) منه (ابن عم لأبوين يحجب ابن عم لأب) في درجته ؛ لأنه يدلي بسببين والضابط هو قوله : (وهكذا يكون الأقرب أولى) مطلقًا أي في الإخوة وأبنائهم والأعمام وأبنائهم » .

(مادة ٦٢٥)

ابْنُ الْعَمِّ الشَّقِيقِ يُحْجَبُ بِـ : الْوَرَثَةِ الْحَاجِبِينَ الْمَذْكُورِينَ فِي الْمَادَّتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ ، وَبِالْعَمِّ لأَبَوَيْنِ .

وَكَذَا ابْنُ الْعَمِّ لأَبٍ يُحْجَبُ بِـ : مِنْ ذُكِرُوا ، وَبِابْنِ الْعَمِّ الشَّقِيقِ (١) .

* * *

(١) **قول الشافعية** : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤ ، ٢٠) : « (الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحد) من الإرث إجماعًا ؛ ولأن كلًّا منهما يدلي إلى الميت بنفسه بنسب أو نكاح وليس فرعًا لغيره ، والأصل مقدم على الفرع (وابن الابن) وإن سفل (لا يحجبه) من العصبة (إلا الابن) أباه كان أو عمه لإدلائه به أو لأنه عصبة أقرب منه ، وهذا مجمع عليه (أو ابن ابن أقرب منه) كابن ابن وابن ابن ابن ، ومن هذا يعلم أن قوله : أولًا ابن الابن مراده وإن سفل كما قدرته حتى ينتظم مع هذا . فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجبه أيضًا أبوان وابنتان أجيب بأنه سيذكره آخر الفصل في قوله : وكل عصبة يحجبه أصحاب فروض مستغرقة (والجد) أبو الأب وإن علا (لا يحجبه إلا) ذكر (متوسط بينه وبين الميت) بالإجماع ؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .

تنبيه : لم يقيد المصنف المتوسط بالذكر كما قدرته إيضاحًا ؛ لأن من بينه وبين الميت أنثى لا يرث أصلًا فلا يسمى حجبًا ، وإنما عبر بمتوسط ليتناول حجب الجد لأبيه ، وما فوقه من الصور (والأخ لأبوين يحجبه) ثلاثة (الأب والابن وابن الابن) وإن سفل بالإجماع (و) الأخ (لأب يحجبه) أربعة (هؤلاء) الثلاثة لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى (وأخ لأبوين) لقوته بزيادة القرب ، فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجب أيضًا بنت ، وأخت شقيقة ، ولا يصح أن يجاب عنه بما مرَّ ؛ لأنه في هذه الصورة لم يحجبه أصحاب فروض مستغرقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصبة . أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده ، وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها ، بل مع غيرها (و) الأخ (لأم يحجبه) أربعة (أب وجد وولد) ذكرًا كان أو أنثى (وولد ابن) ولو أنثى بالإجماع ، ولآيتي الكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد . أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها كما مرّت الإشارة إليه ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلى به ، إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم ، أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأمومة ، وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وجد) ؛ لأنه في درجة أبيه فحجبه كأبيه (وابن وابنه) ؛ لأنهما يحجبان أباه فهو أولى (وأخ لأبوين) ؛ لأنه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه (و) أخ (لأب) ؛ لأنه أقرب منه .

تنبيه : ابن الأخ لأب يحجبه سبعة .

تنبيه : إنما ضبط المصنف هذا بالعدد دون غيره دفعًا للإلباس في قوله بعد (ولأب) لئلا يوهم التكرار وإرادة للتنبيه على أن قوله « ولأب » الثاني معطوف على ابن الأخ لأبوين لا على ما يليه (و) ابن الأخ (لأب =

٤٠٦٦ – والعم لأب يحجب بـ : الورثة الحاجبين للعم الشقيق ، وبالعم الشقيق .

٤٠٦٧ – وابن العم الشقيق يحجب بـ : الورثة الحاجبين للعم لأب، وبالعم لأب .

٤٠٦٨ – وابن العم لأب يحجب بـ : من ذكر ، وبابن العم الشقيق .

٤٠٦٩ – ومع ذلك فالأحسن لك مراجعة الإرث بالتعصيب ؛ لتعرف ذلك بطريقة سهلة جدًّا .

(مادة ٦٢٦)

إِذَا اجْتَمَعَ بَنَاتُ الْمَيِّتِ الصُّلْبِيَّاتُ وَبَنَاتُ الابْنِ ، وَحَازَتِ الْبَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ بِأَنْ كُنَّ ثِنْتَيْنِ فَأَكْثَرَ ، سَقَطَ بَنَاتُ الابْنِ كَيْفَ كُنَّ وَاحِدَةً كُنَّ أَوْ أَكْثَرَ ، قَرُبَتْ دَرَجَتُهُنَّ أَوْ بَعُدَتِ ، اتَّحَدَتْ دَرَجَتُهُنَّ أَوِ اخْتَلَفَتْ ، إِلَّا إِذَا وُجِدَ ذَكَرٌ مِنْ وَلَدِ الابْنِ فَإِنَّهُ يُعَصِّبُهُنَّ إِذَا كَانَ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَنْزَلَ مِنْهُنَّ ، وَلَا يُعَصِّبُ مَنْ تَحْتَهُ مِنْ بَنَاتِ الابْنِ بَلْ يَحْجُبُهُنَّ (١) .

* * *

٤٠٧٠ – وبنات الابن لا يحجبن بالبنت الصلبية ، بل لهن معها السدس تكملة للثلثين .

٤٠٧١ – فإذا توفي شخص عن بنت صلبية وبنات ابن ، أخذت الصلبية فرضها وهو النصف وبنات الابن السدس .

٤٠٧٢ – فإذا أخذت الصلبيات الثلثين ؛ بأن كن اثنتين فأكثر ، فلا شيء لبنات الابن .

٤٠٧٣ – سواء كن واحدة كما إذا ترك بنتين صلبيتين وبنت ابن ، أو كن أكثر

= يحجبه) سبعة (هؤلاء) الستة لما سبق (وابن الأخ لأبوين) لقوته .

فرع : لو تعارض قرب جهة كابن ابن أخ شقيق وابن أخ لأب قدم ابن الأخ لأب ؛ لأن بنوة الأخ جهة واحدة يقدم فيها الأقرب (والعم لأبوين يحجبه) ثمانية (هؤلاء) السبعة لما سبق (وابن أخ لأب) لقرب درجته (و) العم (لأب يحجبه) تسعة (هؤلاء) الثمانية لما مرَّ (وعم لأبوين) لقوته ، فإن قيل : يرد على المصنف أن العم يطلق على عم الميت وعم أبيه وعم جده ، وابن عم الميت يقدم على عم أبيه ، وابن عم أبيه يقدم على عم جده لقوة جهته كما يقدم ابن الأب وهو الأخ على ابن الجد وهو العم . أجيب بأن مراده عم الميت لا عم أبيه ولا عم جده (وابن عم لأبوين يحجبه) عشرة (هؤلاء) التسعة لما مرَّ (وعم لأب) ؛ لأنه في درجة أبيه فقدم عليه لزيادة قربه (و) ابن عم (لأب يحجبه) أحد عشر (هؤلاء) العشرة لما سلف (وابن عم لأبوين) لقوته » .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٠٠) .

كبنتين صلبيتين وثلاث بنات ابن .

٤٠٧٤ - وسواء قربت درجتهن كما في المثالين المتقدمين ، أو بعدت كبنتين صلبيتين وبنت ابن ابن .

٤٠٧٥ - وسواء اتحدت درجتهن كما في الأمثلة المتقدمة ، أو اختلفت بأن ترك بنتين وبنت ابن وبنتي ابن ابن .

٤٠٧٦ - ولكن محل حجب بنات الابن بالصلبيتين : إذا لم يوجد معهن مذكر من ولد الابن ، فإن وجد فإنه يعصبهن .

٤٠٧٧ - فإذا توفي شخص عن بنتين وبنتي ابن وابن ابن ، أخذت البنتان الثلثين ، والباقي لابن الابن مع بنتي ابن الابن للمذكر ضعف ما للمؤنث .

٤٠٧٨ - ومحل تعصيب ابن الابن لبنت الابن في هذه الحالة إذا كان في درجتهن كما في المثال المتقدم ، أو أنزل منهن درجة كبنتين وبنتي ابن وابن ابن ابن .

٤٠٧٩ - فإن كان أعلى منهن درجة ، فلا يعصبهن بل يحجبهن حجب حرمان ؛ كبنتين وابن ابن وبنتي ابن ابن ، فإن البنتين تأخذان الثلثين ، والباقي لابن الابن بالتعصيب ، ولا شيء لبنتي ابن الابن ؛ لأنهن محجوبات بابن الابن .

٤٠٨٠ - وليس هذا الحكم خاصًّا ببنات الابن مع الصلبيتين ، بل هو جارٍ بالنسبة لبنات الابن مع بعضهن إذا كان بعضهن أعلى درجة من البعض الآخر . فإذا ترك بنتي ابن وبنتي ابن ابن ، كان لبنتي الابن الثلثان ولا شيء لبنتي ابن الابن ، إلا إذا وجد معهما معصب من ولد الابن المذكر ، سواء كان في درجتهن أو أنزل منهن . فإذا كان أعلى منهن درجة حجبهن .

٤٠٨١ - فقد علم أن البنت العليا ، سواء كانت صلبية أو بنت ابن أو أنزل من ذلك لا تحجب من تحتها ، بل لها معها السدس .

٤٠٨٢ - فإن تعددت العليا فلا شيء للسفلى ، إلا إذا كان معها معصب في درجتها أو أنزل منها .

٤٠٨٣ - فولد الابن وإن نزل يعصب بنت الابن إذا كانت في درجته مطلقًا ، أي : سواء كانت محتاجة إليه كما إذا كان فوقها بنتان ، أو غير محتاجة إليه كما إذا فوقها بنت واحدة ، ويعصب من فوقه إذا كانت محتاجة إليه بأن كان فوقها بنتان ، فإن لم تكن محتاجة إليه بأن كان فوقها بنت واحدة فلا يعصبها ؛ لأن لها السدس في هذه الحالة .

٤٠٨٤ - ولا يعصب من دونه أصلًا ، بل يحجبها حجب حرمان . وقد تقدم كل ذلك بما لا مزيد عليه في أحوال بنات الابن ، فارجع إليه إن لم تكتف بهذا .

(مادة ٦٢٧)

الأَخَوَاتُ لأَبَوَيْنِ إِذَا أَخَذْنَ الثُّلُثَيْنِ بِأَنْ كُنَّ اثْنَتَيْنِ فَأَكْثَرَ ، تَسْقُطُ مَعَهُنَّ الأَخَوَاتُ لأَبٍ كَيْفَ كُنَّ ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُنَّ أَخٌ لأَبٍ فَإِنَّهُ يُعَصِّبُهُنَّ .

* * *

(مادة ٦٢٨)

الأُخْتُ لأَبَوَيْنِ إِذَا أَخَذَتِ النِّصْفَ ، فَإِنَّهَا لَا تَحْجُبُ الأَخَوَاتِ لأَبٍ ، بَلْ لَهُنَّ مَعَهَا السُّدُسُ [1] .

* * *

٤٠٨٥ - والأخت لأبوين وهي الشقيقة لا تحجب الأخت لأب ، بل لها معها السدس ، سواء كانت واحدة أو متعددة .

٤٠٨٦ - فإذا توفي شخص وترك أختًا شقيقة وأختًا لأب أو أكثر ، أخذت الشقيقة النصف والأخت لأب السدس تكملة للثلثين .

٤٠٨٧ - فإذا وجدت شقيقتان ، فلا شيء للأخوات لأب ، إلا إذا كان معهن معصب ، ولا يكون إلا في درجتهن وهو أخو المتوفي لأب .

٤٠٨٨ - فإذا ترك شقيقتين وأختين لأب وأخًا لأب ، أخذت الشقيقتان الثلثين والباقي للأخ لأب مع الأختين لأب بالتعصيب للمذكر ضعف للمذكر ما للمؤنث.

٤٠٨٩ - فالأخت الشقيقة متى كانت صاحبة فرض لا تحجب الأخوات لأب ، فإن صارت عصبة مع غيرها وهو البنت أو بنت الابن حجبتهن .

٤٠٩٠ - فإذا ترك شخص بنتًا أو بنت ابن وأختًا شقيقة وأختًا لأب ، حجبت الشقيقة الأخت لأب ؛ لأنها صارت عصبة مع غيرها .

---

(١) ينظر تعليقنا على مواد (٦٠١ - ٦٠٣) .

٤٠٩١ - وكما تحجب الأخت لأب في هذه الحالة ، تحجب الأخ لأب أيضًا ؛ لأنها صارت عصبة وهي أقوى منه ؛ لأنها تنسب إلى الميت من جهة الأب والأم ، وكل من الأخت لأب والأخ لأب ينتسب إليه بجهة واحدة وهي جهة الأب ، وقد تقدم كل ذلك في أحوال الأخوات لأب ، فارجع إليه فإنه مرتب ترتيبًا حسنًا [١] .

(مادة ٦٢٩)

المَحْرُومُ مِنَ الإرْثِ بِمَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِهِ المُبَيَّنَةِ فِي الفصل الثَّانِي لَا يَحْجبُ أَحَدًا مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَالمَحْجُوبُ يَحْجبُ غيره .

كالاثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ ، فَإِنَّهُ يَحْجبُهُمَا الأَبُ ، وَهُمَا يَحْجبَانِ الأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ [٢] .

* * *

٤٠٩٢ - واعلم أن الشخص الذي منع من الميراث بعد تحقق السبب : إما أن يكون لمانع من الموانع الأربعة المتقدمة في الباب الثاني ، وهي : الرق ، والقتل ، واختلاف الدين ، وتباين الدارين ، أو لوجود شخص آخر أحق منه بالميراث .

٤٠٩٣ - فالأول يسمى محرومًا ، والثاني يسمى محجوبًا .

٤٠٩٤ - وهما مختلفان بالنسبة للتأثير على الغير .

٤٠٩٥ - فالمحروم لا يؤثر على غيره من الورثة أصلًا .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٦) : يحجب الأخت لأبوين كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٢/٧٦٠ ، ٧٦١) : « (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لا يحجب) غيره أصلا لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول عامة الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم - (والمحجوب بحجب الحرمان يحجب) غيره (كما مرَّ في الجدة وكالإخوة والأخوات يحجبهم الأب ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) أما عند ابن مسعود فلأن المحروم عنده حاجب مع أنه ليس بوارث أصلًا فكذا المحجوب بل هو أولى ؛ لأنه أقرب وارث من وجه دون وجه وأما عندنا فلأن المحروم إنما جعلناه بمنزلة المعدوم ؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فإنه أهل من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث حتى لا يرث شيئًا ويجعل حيًا في حق الحجب ، فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجب يحجبه » .

٤٠٩٦ - فإذا توفي شخص عن أب رقيق وأبي أب حر ، فالإرث للجد .

٤٠٩٧ - ولو كان لشخص أخ شقيق وابن أخ لأب فقتل الأخ أخاه ، أخذ التركة ابن الأخ لأب ؛ لأن الأخ الشقيق صار محرومًا فلا يؤثر على ابن الأخ لأب .

٤٠٩٨ - ولو توفيت الزوجة عن زوج وابن رقيق ، أخذ الزوج النصف ولا يؤثر عليه الابن في هذا الاستحقاق ؛ لقيام المانع به وهو الرق .

٤٠٩٩ - والمحجوب سواء كان محجوبًا حجب نقصان أو حجب حرمان يؤثر على غيره .

٤١٠٠ - فالأول كالأم مع الفرع الوارث ، فإنها محجوبة به من الثلث إلى السدس ، ومع ذلك تحجب الجدة ولو أبوية .

٤١٠١ - والثاني كالاثنين من الإخوة من أي جهة كانا ، فإنهما لا يرثان مع الأب ، ولكن يحجبان الأم من الثلث إلى السدس .

٤١٠٢ - فإذا توفي شخص عن أم وأب وإخوة أو أخوات ، حجب الأب الإخوة والأخوات ، ومع كونهم محجوبين به حجب حرمان يحجبون الأم من الثلث إلى السدس .

٤١٠٣ - وكأم الأب فإنها محجوبة به حجب حرمان ، ومع ذلك فإنها تحجب أم أم الأم حجب حرمان .

٤١٠٤ - وإنما لم يؤثر المحروم وأثر المحجوب ؛ لأن المحروم بمنزلة المعدوم ؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه ، بخلاف المحجوب فإنه أهل له من وجه دون وجه ، فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث فلا يرث شيئًا ، ويجعل حيًّا في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه لولا وجود حاجبه فيحجبه .

٤١٠٥ - فقد بان لك المحجوب بغيره حجب حرمان ، سواء كان صاحب فرض أو عصبة ، ولكن لا يمكنك استخراجه في بعض الأفراد إلا بصعوبة ، ولذلك أردنا أن نضع لك جد ولا تستخرج منه المحجوب بغيره حجب حرمان بسهولة .

٤١٠٦ - وحيث قد عرفت أن حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة أصلًا :

٤١٠٧ - ثلاثة من الذكور ؛ وهم : الأب ، والابن ، والزوج .

٤١٠٨ - وثلاثة من الإناث ؛ وهن : البنت ، والأم ، والزوجة .

٤١٠٩ – فلا نثبتهم لك في جدول المحجوبين ، وكيفية معرفة ذلك من الجدول أنه إذا كان معك جملة أشخاص في مسألة ، وأردت أن تعرف من يحجب أي واحد منهم حجب حرمان ، فانظر إلى الشخص الذي تريد معرفته في خانات المحجوبين وهي الخانات الرأسية الموجودة في الجدول من جهة اليمين ، تجد الأشخاص الذين يحجبونه في خانات الحاجبين الموجودة أمام تلك الخانة [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٢٨٢) : المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحداً من الورثة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٠) أ – الحجب : حرمان وارث من كل الميراث أو بعضه لوجود وارث آخر أحق به منه .

ب – الحجب نوعان : حجب حرمان ، وحجب نقصان .

ج – المحجوب من الإرث قد يحجب غيره .

جدول

محجوب	حاجب					
ابن ابن	ابن	ملحوظة كل ابن ابن يحجب هو من أسفل منه وكذا أبو الأب يحجب من هو أعلى منه كأبي أب ؛ لأن القاعدة أن كل من انتسب بواسطة حجبته تلك الواسطة إلا أولاد الأم لإنهم لا يحجبون بها				
جد صحيح	أب					
جدة من جهة الأم	أم	جدة أمية أقرب منها	جدة أبوية أقرب منها			
جدة من جهة الأب	أم	أب	جدة أمية أقرب منها	جدة أبوية أقرب منها	جدة انتسبت به	
بنت ابن مطلقًا	ابن					
بنت ابن لم تعصب		بنتين	إن عصبت بأن وجد معها ابن ابن فلا تحجب بالبنتين	بنت الابن وإن نزل أبوها يعصبها من هو في درجتها سواء كانت محتاجة إليه أولا ومن هو أنزل منها درجة لا يعصبها إلا إذا كانت محتاجة إليه		

أخت شقيقة	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا				
ولد الأم سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا	بنت	بنت ابن وإن نزل أبوها		
أخت لأب	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا	أخ شقيق	أختين شقيقتين إن لم تعصب الأخت للأب	أخت شقيقة عصبة مع الغير	إن عصبت بأن وجد معها أخ لأب فلا تحجبُ بالشقيقتين
أخ شقيق	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا				
أخ لأب	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا	أخ شقيق	أخت شقيقة إذا صارت عصبة مع الغير والغير هو البنت وبنت الإبن وإن نزل أبوها		
ابن أخ شقيق	ابن	ابن ابن وإن نزل	أب	جد صحيح وإن علا	أخ شقيق	أخت شقيقة صارت عصبة مع الغير	أخ لأب	أخت لأب صارت عصبة مع الغير

عم شقيق	كل واحد من هؤلاء يحجب بالحاجبين لابن الأخ لأب وبمن قبله ممن هو بعد ابن الأخ لأب فالعم لأب مثلًا يحجب الحاجبين لابن الأخ لأب وبالعم الشقيق . وابن العم لأب يحجب بالحاجبين لابن الأخ لأب وبالعم الشقيق وبالعم لأب وبابن العم الشقيق وهكذا .
عم لأب	
ابن عم شقيق	
ابن عم لأب	
عم أبي الميت الشقيق	
عم أبي الميت لأب	
ابن عم أبي الميت الشقيق	
ابن عم أبي الميت لأب	
عم جد الميت الشقيق	
عم جد الميت لأب	
ابن عم جد الميت الشقيق	
ابن عم جد الميت لأب	

فهرس المجلد الثالث

رقم الإيداع

2005/18729

I . S . B . N

977 - 342 - 325 - 5



الكتاب في سطور

يجمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان متنَ الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على مَن ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء؛ فكان جوهرة في الفقه فريدة، ودرة نفيسة نضيدة، نظمت لآلئها ليستضاء بنورها.

وجاء شرح الكتاب فاتحًا كل ما كان فيه مغلقًا، مقيدًا كل ما كان فيه مطلقًا، مكملاً كل ما كان فيه ناقصًا، ومتممًا وسائله وشارحًا مسائله، حاكيًا خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الأخرى في أكثر المسائل، مبينًا حِكمةَ الحُكم ودليلَ كل مجتهد فيه.

الناشر
دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
القاهرة - مصر - ١٢٠ شارع الأزهر - ص.ب ١٦١ الغورية
هاتف: ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ - ٥٩٣٢٨٢٠ - ٤٠٥٤٦٤٢
فاكس: ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢+)
الإسكندرية - هاتف: ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس: ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣+)
email:info@dar-alsalam.com
www.dar-alsalam.com